

Rechtskultur ist eine Zeitschrift mit europäischem Charakter.
Rechtskultur is a journal with a definite European character.
Rechtskultur est une revue à caractère européen.

Rechtskultur ist strikt themenbezogen.
Rechtskultur is strictly by theme.

Rechtskultur est une revue thématisée de manière stricte.

Rechtskultur ist transdisziplinär ausgerichtet.
Rechtskultur is a transdisciplinary endeavour.

Rechtskultur est une revue axée sur une approche interdisciplinaire.

ISSN: 2568-4469
ISBN: 978-3-96374-033-6

9 783963 740336

Rezeption / Reception / Réception

Rechtskultur 6

Rechtskultur 6

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte
European Journal of Legal History
Journal européen d'histoire du droit

Rezeption
Reception
Réception

Alexander Graser/Martin Löhnig Rechts(rezeptions)vergleichung als Kulturwissenschaft	1
Katalin Gönczi Die mittelalterliche Stadtrechtsentwicklung in Ostmitteleuropa im Kontext des Rechtstransfers	3
Dietmar Willoweit Das litauische Statut von 1529 vor dem Hintergrund der Gesetzgebung und Jurisprudenz seiner Epoche	8
Hesi Siimets-Gross Das römische Recht in der baltischen Kodifikation des Russischen Imperiums: Geltung, Folgen einer Statusänderung und Wirkung	18
Danuta Janicka Makarewicz und von Liszt. Ein Beitrag zum Einfluss der soziologischen Strafrechtsschule auf die polnische Strafrechtslehre	22
Anna Moszyńska Endeavours for International Unification of Law in the Interwar Period	29
Steffen Schlinker Rechtstransfer in die Republik Estland seit den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts	34
Marina Rojo Gallego-Burín El derecho común y los juristas castellanos	43
Cristina Danusso Debate/debat/debate: The orphan crisis of World War One and the Italian judiciary	56

Herausgeber: Ignacio Czeguhn - Lukas Gschwend - Dirk Heirbaut - Martin Löhnig - Antonio Sánchez Aranda

Edition Rechtskultur

Rechts(rezeptions)vergleich als Kulturwissenschaft

Alexander Graser/Martin Löhnig

Kulturwissenschaftliche Perspektiven sind in der deutschen Rechtswissenschaft eine Randerscheinung. Das liegt wohl weniger daran, dass es da nichts zu erforschen gäbe. Eher dürfte es daran liegen, dass die Konkurrenz durch andere Forschungsrichtungen zu stark ist, jedenfalls in der deutschen Hochschulwelt. Denn die unmittelbare praktische Relevanz der Rechtsanwendung, der alltägliche Kampf ums Recht beschäftigt nicht nur das mächtige Heer rechtskundiger Praktiker, sondern bindet darüber hinaus auch das Gros der akademischen Aufmerksamkeit. Auch in der universitären Forschung wird das Handwerk der Konsistenzpflege nach Kräften betrieben. Es dominiert die Dogmatik. Gewiss gibt es – daneben – noch die so genannten Grundlagenfächer. Aber ihr Raum ist begrenzt, und sie haben mit ihren abstrakten, langfristigen Erkenntniszielen überdies einen schweren Stand gegenüber den akuter Fragen der Rechtsanwendung. Fast zwangsläufig schneidet das Vordringliche auch besser ab in einem akademischen Ressourcenwettbewerb, der sich durch Stellenpläne, Förderprogramme und Publikationsforen zieht und unweigerlich auch die Kalender und Köpfe der Forschenden taktet. So nimmt es nicht Wunder, wenn es selbst innerhalb der Grundlagenfächer nicht selten der unmittelbare Anwendungsnutzen ist, mit dem Forschungsbemühungen legitimiert werden.

Das gilt namentlich und vielleicht besonders in der Rechtsvergleichung.¹ Meist geht es da zunächst einmal um Praktisches – je nach Anspruch mal um bloße Auslandsrechtskunde, sonst um „Lösungsimport“ und zuweilen gar um Rechtsharmonisierung. Der kulturelle Kontext hingegen rückt erst dann in den Blick, wenn sich ursprüngliche Transfer- oder Vereinheitlichungshoffnungen als naiv und die Bedingungen in den verglichenen Ordnungen als allzu verschieden erweisen, um praktisch unmittelbar verwertbare Schlüsse zu tragen. Kulturwissenschaftliche Erkenntnisse figurieren so als bloße Beiprodukte des eigentlichen Unterfangens und bleiben dann regelmäßig auch entsprechend wenig konturiert.

Dabei gäbe es so viel herauszufinden über das Recht als „great cultural formation“², über das Wechselspiel mit seiner Umwelt, und zwar auch mit Mitteln der Rechtsvergleichung, wahrscheinlich sogar gerade auf diesem Wege. Denn wie anders sollten behauptete Eigenheiten belegt, vermutete Zusammenhänge verifiziert und auf längere Sicht vielleicht auch Gesetzmäßigkeiten formuliert werden? Nur indem weitere „cases“ herangezogen werden, kann das gelingen. Die Rechtsvergleichung avanciert so

zum eigentlich nächstliegenden Vehikel (rechts-)soziologischen Erkenntnisstrebens. Erst in der Gegenüberstellung mit Vergleichbarem lässt sich das Partikulare vom Generellen trennen.

Mit dieser Formulierung ist freilich auch das wohl größte Hindernis einer soziologisch orientierten Rechtsvergleichung bereits benannt: die Vergleichbarkeit. Zwar sind ihr logisch kaum Grenzen gesetzt – man kann durchaus auch „Äpfel mit Birnen vergleichen“, solange man nur einen sinnvollen Oberbegriff wählt und die Differenzen im Auge behält. Nur kann die praktische Umsetzung mitunter deutlich schwieriger sein als im Beispiel der (vergleichsmethodisch eher unreflektierten) Redensart, und gerade wenn es um Recht und dessen Vergleichung geht, ist die Komplexität regelmäßig die größte Hürde: Die Identifikation eines gemeinsamen Bezugspunkts, die Formulierung unabhängiger Analysebegriffe und damit die Definition eines tauglichen Betrachtungsgegenstands – das sind erhebliche Herausforderungen, wenn man nicht Kernobst vergleicht, sondern eben Recht und also ein hoch ausdifferenziertes, ambivalentes und überdies dynamisches normatives System, das mit seiner Umwelt in vielfältiger Interdependenz verwoben ist.

Wie aber soll man angesichts dieses praktischen Problems verfahren? Nun ist die Frage nicht neu, sondern begleitet die Rechtsvergleichung seit jeher, auch wenn sie nur selten als solche adressiert wird. Immerhin ist das Thema „Vergleichbarkeit“ – kaum überraschend – gleichsam der basso continuo innerhalb der durchaus umfangreichen Methodenliteratur zur Rechtsvergleichung, und zwar unabhängig davon, welche konkreten Erkenntnisziele und Vorgehensweisen gerade behandelt werden. Das heißt zwar nicht, dass das Problem gelöst wäre. Aber es lassen sich doch verschiedene Arten ausmachen, damit umzugehen.

Betrachtet man zunächst die seit langem wohl am häufigsten praktizierte Methode, nämlich die der „funktionalen Rechtsvergleichung“, so zeigt sich, dass sie Vergleichbarkeit herzustellen sucht, indem sie die zuvor angedeutete Komplexität radikal reduziert: Indem sie das Recht allein als Instrument zur Lösung sozialer Probleme auffasst, verengt sie zwar den Blickwinkel und blendet Interdependenzen aus, steigert zugleich aber die Praktikabilität so angelegter Studien. Dass man auf diese Weise, gerade im Rahmen steuerungswissenschaftlich orientierter Vergleiche, durchaus brauchbare Ergebnisse erreichen und in der Regel immerhin Inspiration für die Fortentwicklung einer der einbezogenen Rechtsordnungen ziehen kann, dokumentiert die Vielzahl solcher Arbeiten. Besser als „ohne Methode“ ist das allemal, wie die ebenfalls umfangreich, wenngleich eher anekdotisch dokumentierten Beispiele missglückter Vergleiche zeigen. Aber nicht umsonst ist die funktionale Rechtsvergleichung auch konstanten Angriffen ausgesetzt: Zu viel der Vereinfachung,

¹ Mit ähnlichem Befund in jüngerer Zeit Pierre Legrand, *Negative Comparative Law*, Jahrgang 10:2 (2015), S. 405 (406 f.).

² Clifford Geertz, *Local Knowledge - Further Essays in Interpretive Anthropology*, 3. Auflage New York 2000; eingehend zu diesem Rechtsverständnis und zu Geertz' kulturwissenschaftlicher Perspektive vgl. dort insbesondere S. zu S. 218 f.

so der Vorwurf, der gerade dann angezeigt ist, wenn mehr als die besagte Inspiration für neue Steuerungsansätze erreicht werden soll.

So einleuchtend aber diese Kritik auch sein mag, Alternativen sind nicht ohne Weiteres ersichtlich. Gewiss gibt es Rechtsvergleichung auch, ohne dass ausgeblendet würde, meistens dann in kulturvergleichender Absicht.³ Aber das Komplexitätsproblem bleibt, und nicht selten führt es dazu, dass dann eben Flughöhe und Abstraktion derart zunehmen, dass man den Boden kaum mehr erkennt. Auch das vermag kaum zu erstaunen: Komplexität adäquat zu verarbeiten, ohne übermäßige Vereinfachung oder Abstraktion, ist anspruchsvoll und ressourcenintensiv. Innerhalb einzelner monographischer Studien ist das kaum zu bewältigen, zumal wenn es sich, wie meist, um Dissertationen und also Erstlingswerke handelt. Vielmehr bedürfte es hierfür breiter angelegter Vorhaben – womit wir wieder beim Ausgangspunkt dieser Zeilen angelegt wären. Mit den begrenzten Mitteln einer nur am Rande mitgeführten universitären Grundlagenforschung lässt sich das kaum leisten.

Was also tun – oder zugespitzt: Wozu all die Worte, wenn es sich doch nicht realisieren lässt? Aber gar so defätistisch wollen wir nicht verstanden sein, im Gegenteil. Zwar mögen die aktuellen Bedingungen ungünstig sein, für eine grundlagenorientierte rechtswissenschaftliche Forschung im Allgemeinen ebenso wie für eine kulturwissenschaftlich orientierte Rechtsvergleichung im Besonderen. Aber das ist ja nicht in Stein gemeißelt, und so möchten wir für eine Veränderung werben.

Ganz generell bietet es sich insofern wohl an, die Erkenntnispotenziale dieser vernachlässigten Forschungsfelder genauer auszuloten und möglichst plastisch zu beschreiben. Denn erst, wenn abschätzbar ist, was hier zu erreichen wäre, rückt auch ein größeres Engagement auf diesen Feldern in den Bereich des Möglichen. Zudem kommt es hierbei natürlich nicht allein auf die institutionelle Großwetterlage an, sondern auch – und vor allem – auf die konkreten Forschungsgegenstände und -perspektiven, und wir meinen, gerade insofern eine besonders lohnende Kombination ausgemacht zu haben. Es geht um die Betrachtung von Rezeptionsvorgängen in der Geschichte und bis in die Gegenwart hinein, und zwar mit einem Ansatz, der sich an die Methode der funktionalen Rechtsvergleichung anlehnt und komplementär zu deren Erkenntnispotenzial ist.⁴

Dafür bedarf es freilich zunächst des Auffindens von Rezeptionsvorgängen und deren Analyse, bevor überhaupt

die Eben des Vergleichs betreten werden kann. Rechtskultur 6 (2017) möchte hierzu den Blick auf Fallbeispiele insbesondere aus dem östlichen Mitteleuropa und Osteuropa erweitern. Katalin Gönczi befasst sich mit der mittelalterlichen Stadtrechtsentwicklung in Ostmitteleuropa. Der Rechtstransfer habe hier nicht nur als Verbindungsglied zwischen verschiedenen kulturellen Landschaften, sondern auch als Katalysator der mittelalterlichen Gesellschaft gewirkt. Zugleich macht sie deutlich, dass Rechtsrezeption auf die Dauer keine Einbahnstraße darstellt, sondern kann zeigen, welche Kommunikationsnetze zwischen den verschiedenen Städten magdeburgischen Rechts entstanden sind. Dietmar Willoweit behandelt das litauische Statut von 1529, welches er nach einer Darstellung von Rechtsnatur, Inhalt und Zielsetzung in das Spannungsfeld der Einflusslinien von gelehrtem Recht, einheimischen Rechtsgewohnheiten und magdeburgischem Recht stellt und auf dies Weise in die intellektuelle Welt Europas in frühmoderner Zeit einbettet. Hesi Siimets-Gross untersucht die Einflüsse römischen Rechts den der baltischen Kodifikation des Russischen Imperiums. Dabei zeigt sie insbesondere, wie der vermeintliche Abschluss eines Rezeptionsprozesses durch Inkrafttreten eines Gesetzbuches die Wurzeln verschütten kann: Das in die Gesetzgebung einbezogene römische Recht seither nicht mehr selbständige Forschungsdisziplin des geltenden Rechts, sondern ein Teil des baltischen Provinzialrechts. Die gemeinrechtliche oder romanistische Tradition, auf der einzelne Normen – auch solche des bis heute gültigen Zivilgesetzbuchs Lettlands aus dem Jahre 1937 – beruhen, wurde nicht mehr berücksichtigt. Römisches Recht wurde zur Lehrdisziplin wie in anderen Ländern des kodifizierten Rechts (und als solche zunehmend in Frage gestellt). Danna Janicka untersucht den Einfluss der soziologischen Strafrechtsschule Frank v. Liszts auf die polnische Strafrechtslehre. Sie zeigt, wie wichtiges es ist, einzelne Personen als Träger von Rezeptionsvorgängen zum Untersuchungsgegenstand zu machen. Juliusz Makarewicz (1872-1955), einer der bedeutendsten polnischen Strafrechtler in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, nahm als Student an dem bekannten Kriminalistischen Seminar v. Liszts teil. Die Kritik der bisherigen Methoden zur Bekämpfung von Kriminalität und das sie begleitende Streben nach neuen wirksamen Wegen im Kampf gegen die Rückfälligkeit und das Berufsverbrechen mündete in Polen schließlich – anders als in Deutschland – unmittelbar in eine von den Gedanken der soziologischen Schule beeinflusste Strafrechtskodifikation, das polnische Strafgesetzbuch von 1932. Anna Moszynska macht die – sämtlich gescheiterten – Versuche zur Etablierung eines gemeinsamen Zivilrechts über die Grenzen von Nationalstaaten hinweg im Europa der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zum Gegenstand ihres Beitrags. Sie schildert Entstehung und Scheitern des französisch-italienischen Entwurfs von 1927, die fehgeschlagenen Versuche der Erarbeitung eines einheitlichen Zivilrechts für Deutschland und Italien während des Faschismus sowie ähnliche Bestrebungen der slawischen Staaten Polen, Tschechoslowakei, Jugoslawien und Bulgarien. Steffen Schlinker führt und in die jüngste Vergangenheit und

³ Eine pointierte Gegenüberstellung der Positionen und auch Auseinandersetzung der Lager inszenierte kürzlich das American Journal of Comparative Law (Band 65 - 2017) in einem Sonderheft mit dem Titel „What We Write About When WE Write About Comparative Law“.

⁴ Näher zu diesem Ansatz vgl. Alexander Graser, Rechtsrezeptionsforschung als invertierte Rechtsvergleichung, in: Bodiogara-Vukobrat/Sander/Rodin (Hrsg.), Globalisation and Legal Culture, Berlin 2013, S. 21 ff.; zur vergleichenden Rechtsgeschichte außerdem Martin Löhnig, Vergleichende Rechtsgeschichte – Bestandsaufnahme und Perspektiven, ZNR 2010, 82; ders., Comparative Law and Legal History: A Few Words about Comparative Legal History, in: Adams/Heirbaut (eds.), The Method and Culture of Comparative Law, Oxford (Hart) 2014.

untersucht Rechtstransferprozesse in den 1990er Jahren nach der Neugründung eines souveränen Estlands. Er zeigt insbesondere den starken Einfluss der deutschen Zivilrechtswissenschaft bei der Erarbeitung des Zivilgesetzbuchs auf. Estland habe bewußt an die historischen Verbindungen zum deutschen Recht und zur deutschen Rechtswissenschaft angeknüpft und auf diesem Wege zugleich die eigene Rechtstradition wiederbelebt. Der abschließende Beitrag des Themenheftes führt und in das neuzeitliche Spanien. Marina Rojo Gallego-Burín untersucht den Umgang kastilischer Juristen mit dem *ius commune* und zeigt einmal mehr auf, dass die vielfach

beschworene Rezeption des gemeinen Rechts in Europa nicht etwa zur Geltung eines einheitlichen Rechtes geführt hat, sondern in jedem Kulturraum eine eigene, regionale Form des gemeinen Rechts entstanden ist. Rechtskultur 6 (2017) schließt mit einem Debattenbeitrag aus der Feder von Cristina Danusso, der untersucht, welche Antwort italienisches Recht und italienische Behörden auf das nach 1918 drängende Problem des Umgangs mit Kriegswaisen gefunden haben – viele der Problemstellungen begegnen uns heute in der Person minderjähriger unbegeleiteter Flüchtlinge wieder.

Die mittelalterliche Stadtrechtsentwicklung in Ostmitteleuropa im Kontext des Rechtstransfers

Katalin Gönczi

I. Ausgangspunkt: Der städtische Rechtstransfer

Die Rechtsverbindungen zwischen den europäischen Regionen sind in den letzten Jahren viel diskutiert worden.¹ Der Rechtstransfer hat sich dabei als zentraler Untersuchungsansatz herausgestellt, insbesondere wenn er als dynamischer Prozess in verschiedenen Erscheinungsformen verstanden wird. Mit dieser Perspektive können – jenseits nationalistischer Aufladungen – die Ausgangs- und Empfängerkulturen in ihrem Verhältnis zueinander analysiert werden, und auch die Verzahnung der Akteure der grenzüberschreitenden Rechtsvermittlung tritt hervor.

Dabei wird deutlich, wie bereits vor der Herausbildung der Nationalstaaten in der europäischen Rechtsgeschichte der Rechtstransfer als Katalysator der mittelalterlichen Gesellschaft gewirkt hat. Am Stadtrecht kann diese dynamische Auswirkung des Rechtstransfers besonders gut gezeigt werden. Blickt man in diesem Zusammenhang nach Ostmitteleuropa, sind insoweit besonders die stadtrechtlichen Verbindungen im Kontext des sächsisch-magdeburgischen Rechts zur Untersuchung der Mechanismen des Rechtstransfers ergiebig. Weiterhin kann die Ausgangskultur gut lokalisiert werden, und es können die Empfängerkulturen zusammen mit den Akteuren des Rechtstransfers benannt werden. Im Folgenden wird der Prozess dieser grenzüberschreitenden Rechtsvermittlung in Richtung Ostmitteleuropa unter Anwendung des Transfer-Modells vorgestellt. Dabei lassen sich auch die Rückwirkungen des Rechtstransfers darstellen, was belegt, dass der Transfer kein einseitiger Vorgang war.

Das sächsisch-magdeburgische Recht ist auf zwei Rechts-

quellen zurückzuführen: den Sachsenspiegel als Rechtsbuch und das Stadtrecht der Magdeburger Bürgerschaft.² Die wissenschaftliche Bezeichnung „sächsisch-magdeburgisches Recht“ ist seit dem 16. Jahrhundert verankert und stellt selbst ein Ergebnis des Rechtstransfers dar. Der Rechtsbegriff spiegelt außerdem das Rechtsverständnis in Ostmitteleuropa wider, denn das Magdeburger Recht wurde zusammen mit dem Sachsenspiegel bereits in der polnischen juristischen Literatur des 16. Jahrhunderts als ein Rechtsbegriff behandelt.³ An dieser Stelle trifft man auf die Rückvermittlung des sächsisch-magdeburgischen Rechts aus Ostmitteleuropa in die Wissenschaft der Ausgangskultur.

Das sächsisch-magdeburgische Recht breitete sich ab dem 13. Jahrhundert zusammen mit der Siedlerbewegung in die Regionen Ostmitteleuropas aus. Die politischen und wirtschaftlichen Freiheiten des Magdeburger Rechts bildeten bis zum Kodifikationszeitalter die Grundlage der Rechtsordnungen vieler Städte und Gemeinden Ostmitteleuropas. Als Verbreitungsgebiet des sächsisch-magdeburgischen Rechts lassen sich die historischen Landschaften von Polen, Tschechien, der Slowakei, Ungarn, Rumänien, Litauen, Weißrussland und der Ukraine benennen. Die östliche Grenze des Magdeburger Rechts markiert der Fluss Dnepr, an dessen Ufer bei Kiew von 1802-1808 dem Magdeburger Recht ein Denkmal errichtet wurde.⁴

II. Die Umbruchszeit der Siedlungsentwicklung: der Landesausbau

Die Städte waren die primären Empfängerstrukturen des sächsisch-magdeburgischen Rechts. Der Beginn des Rechtstransfers im 13. Jahrhundert fällt zeitlich mit der

¹ Der Rechtstransfer in Ostmitteleuropa stand bereits von 2004-2007 im Zentrum des Forschungsprojektes „Rechtskulturen des modernen Osteuropa. Traditionen und Transfer“ am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte. Für die theoretischen Grundlagen siehe GIARO, Tomasz, Modernisierung durch Transfer. Schwund osteuropäischer Rechtstraditionen, in: Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert, hrsg. v. Tomasz Giaro, Frankfurt am Main 2006. 275-344. Für die Anwendung der Methode auf die Rechtsgeschichte des Donauraums siehe Bos, Ellen, PÓCZA, Kálmán (Hrsg.), Rechtssysteme im Donauraum. Vernetzung und Transfer, Baden-Baden 2014.

² Für die aktuellen Forschungsergebnisse siehe LÜCK, Heiner, Der Sachsenspiegel. Das berühmteste deutsche Rechtsbuch des Mittelalters, Darmstadt 2017.

³ GROICKI, Bartłomiej, Artykuły Prawa Mądeburgskiego, Ktore zową Speculum Saxonum, Krakau 1558.

⁴ LÜCK, Heiner, Das Denkmal des Magdeburger Rechts in Kiew, in: Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde, Jg. 12 (1990), S. 109-119.

Umbruchszeit der Stadtentwicklung zusammen. Diese zeitliche Parallelität lässt sich als eine spezifisch ostmitteleuropäische Erscheinung bezeichnen.

Um die Wende des 12. zum 13. Jahrhundert fand eine große Siedlungswelle in Richtung der spärlich bewohnten Gebiete Ostmitteleuropas statt. Dieser als „Landesausbau“ bezeichnete Prozess brachte zuerst flämische, wallonische, lombardische und französische Siedler nach Ostmitteleuropa; wenige Jahrzehnte später folgten ihnen Siedler aus Deutschland.⁵ Etliche Hospites stammten aus dem Gebiet um Niederrhein und Maas, aber nach archäologischen Funden, wie die Aquamanilen bei Budapest, Gran und Hermannstadt,⁶ steht auch Sachsen als Herkunftsgebiet der Siedler fest.

Es kamen Kaufleute, Bergleute und etliche Kreuzritter in die Territorien Ostmitteleuropas; einige von ihnen wurden so genannte Lokatoren: ein aus der Ritter- oder Stadtbürgerschaft stammender Siedlungsunternehmer bekam den Auftrag eines Grundherren, neue Anwohner für das Land zu werben und neue Gemeinden zu gründen.⁷ Er hatte zuvor mit dem Grundherren die Konditionen verhandelt. Zu den Rechten des Lokators gehörte der zinsfreie Besitz von Grundstücken, manchmal auch von Mühle und Schenke, das Jagd- und Fischereirecht und das Recht auf einen Teil des von den Neusiedlern gezahlten Grundzinses.⁸ Dieses Verwaltungsamt war den Nachkommen des Lokators vorbehalten; folglich wurde er als Erbschulze bzw. Erbvogt bezeichnet.⁹

Aber auch die Zisterzienser waren wichtige Wegbereiter des Landesausbaus. Beispielsweise erhielten die aus Sachsen stammenden Mönche des Zisterzienserklosters Leubus in Schlesien 1175 das Recht, Gemeinden deutscher Siedler auf ihren Ländereien zu gründen. Dieses Privileg, die Leubuser Gründungsurkunde, ist das früheste schriftliche Zeugnis für die deutsche Besiedlung Schlesiens und des slawischen Gebiets östlich von Oder und Neiße.¹⁰ Innerhalb der Regionen konnten sich dann die kulturellen Verbindungen durch den Handel auf dem Wasserweg verstärken.

Mit der Siedlungsbewegung intensivierte sich die Stadt-

entwicklung in Ostmitteleuropa. Die Siedler ließen sich in der Regel rund um die weltlichen und kirchlichen Verwaltungszentren nieder. In den Suburbien dieser Verwaltungssitze entwickelten sich Wochenmärkte, auf denen neben Erzeugnissen des regionalen Handwerks auch Waren des Fernhandels angeboten wurden.

III. Die frühe Phase des Rechtstransfers: die Rechtsverleihungen

Die Landesherren räumten den Siedlergemeinden einen privilegierten Status ein; daher zählen diese Niederlassungen zu einer Vorform der mittelalterlichen Stadt in Ostmitteleuropa.

Eine der ältesten privilegierten Niederlassungen von Deutschen stellt z.B. in den böhmischen Ländern die Siedlung der Prager Deutschen dar.¹¹ Die deutschen Siedler ließen sich neben den Siedlungen der Wallonen und der Juden nieder.¹² In einem Privileg aus den Jahren 1174-1178 bestätigte Herzog Sobieslav II. die Freiheiten der Prager Deutschen.¹³ Die deutschen Siedler um die Prager Burg erklärte der Herrscher in diesem Schutzprivileg¹⁴ persönlich für frei. Sie durften ihre Richter selbst wählen und ihre Rechtsgewohnheiten in der eigenen Gemeinde weiterhin fortführen.¹⁵ Auch das Recht zur freien Pfarrerwahl stand den Prager Deutschen zu; dem Bischof wurde nur das Bestätigungsrecht eingeräumt.

Ab den 1240er Jahren wurden jedoch in Ostmitteleuropa infolge der Mongoleneinbrüche zahlreiche Siedlungen zerstört; anschließend fand der Neuaufbau mit intensiver Unterstützung durch den Landesherrn statt. Zum Beispiel sorgte der ungarische König Béla IV. für die planmäßige Befestigung der Städte mit Mauern und auch für die weitere Vergabe von Stadtprivilegien.¹⁶ Herzog Heinrich II. von Schlesien veranlasste nach dem dortigen Mongoleneinbruch von 1241 die Neugründung von Breslau und die Ausstattung der Stadt mit dem Magdeburger Recht.¹⁷ Daher beginnt die so genannte „Durch-

¹¹ HIGOUNET, Charles, Die deutsche Ostsiedlung im Mittelalter. Aus dem Franz. übers. von Manfred Vasold. Reg. Gabriele Jaroschka und Peter Schrickler. Im Text ungek., durchges. Ausg., Berlin 1986. München: Dt. Taschenbuch-Verl. 1990, S. 163.

¹² HLAVÁČEK, Ivan, Prag, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. 7, München 2003, Sp. 159-164, hier Sp. 160; KEJŘ, Jiří, Prag, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. hrsg. v. Adalbert Erler, Ekkehard Kaufmann u. Dieter Werkmüller [Bd. 5]. Mitbegründ. von Wolfgang Stammer, unter philolog. Mitarb. von Ruth Schmidt-Wiegand. Bd. 3, Berlin 1984, Sp. 1854-1861, hier Sp. 1855-1856.

¹³ Codex diplomaticus et epistolaris regni Bohemiae, ed. Gustav Friedrich, Bd. 1, Prag 1907, S. 256 f.

¹⁴ KEJŘ, Jiří, Prag, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. hrsg. v. Adalbert Erler, Ekkehard Kaufmann u. Dieter Werkmüller [Bd. 5]. Mitbegründ. von Wolfgang Stammer, unter philolog. Mitarb. von Ruth Schmidt-Wiegand. Bd. 3, Berlin 1984, Sp. 1854-1861, hier Sp. 1855-1856.

¹⁵ Codex diplomaticus et epistolaris regni Bohemiae, ed. Gustav Friedrich, Bd. 1, Prag 1907, S. 256.

¹⁶ KUBINYI, András, Der ungarische König und seine Städte, in: Stadt und Stadtherr im 14. Jahrhundert. Entwicklungen und Funktionen, hrsg. v. Wilhelm Rausch, Linz/Donau 1972, S. 192-228.

¹⁷ EBEL, Friedrich, Breslau, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Hrsg. von Albrecht Cordes, Heiner Lück, Dieter Werkmüller und Ruth Schmidt-Wiegand als philolog. Beraterin. 2., völlig überarb. u. erw. Aufl. Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 681-684, hier Sp. 683. MENZEL, Josef Joachim, Breslau, in: Lexikon des Mittelalters. 2. Aufl., Bd. 2, München 2003, S. 610-614, hier Sp. 612.

⁵ HARDT, Matthias, Landesausbau, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Hrsg. von Albrecht Cordes, Heiner Lück, Dieter Werkmüller und Christa Bertelsmeier-Kierst als philolog. Beraterin. 2., völlig überarb. u. erw. Aufl., 18. Lfg., Berlin 2013, Sp. 416-420; IRGANG, Winfried, Landesausbau und Kolonisation. Abschnitt V.: Ostmitteleuropa und Ungarn, in: Lexikon des Mittelalters. 2. Aufl., Bd. 5, München 2003, Sp. 1649-1653.

⁶ LOVAG, Zsuzsa, Aquamanilék, Budapest 1983, S. 53-55.

⁷ HARDT, Matthias, Lokator, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Hrsg. von Albrecht Cordes, Heiner Lück, Dieter Werkmüller und Christa Bertelsmeier-Kierst als philolog. Beraterin. 2., völlig überarb. u. erw. Aufl. Bd. 3, Berlin 2012, Sp. 1036 f.; KROESCHELL, Karl, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1: Bis 1250. 13., überarb. Aufl., Köln, Weimar, Wien 2008, S. 227.

⁸ KUHN, Walter, Die deutschrechtlichen Stadtgründungen in Kleinpolen, in: Die mittelalterliche Städtebildung im südöstlichen Europa, hrsg. v. Heinz Stoob, Köln, Wien 1977, S. 39-89, hier S. 46 f.

⁹ MENZEL, Josef Joachim, Die schlesischen Lokationsurkunden des 13. Jahrhunderts. Studien zum Urkundenwesen, zur Siedlungs-, Rechts- und Wirtschaftsgeschichte einer ostdeutschen Landschaft im Mittelalter, Würzburg 1977, S. 254.

¹⁰ KÖNIGSHAUS, Waldemar P., Die Zisterzienserabtei Leubus in Schlesien von ihrer Gründung bis zum Ende des 15. Jahrhunderts, Wiesbaden 2004, S. 23-33.

bruchphase der Städtebildung“¹⁸ mit der bewussten Städtepolitik der Landesherren und der damit einhergehenden Epoche der intensiven inneren Entwicklung der Städte.

Diese vom Landesherrn gewährten Freiheiten führten auch zur Entstehung von Bürgergemeinden in den Städten Ostmitteleuropas. Während sich die Bürgergemeinden in den Bischofsstädten entlang des Rheins durch die im Konflikt mit dem Stadtherrn erkämpfte Freiheit konstituierten,¹⁹ bildeten sich Gemeinden in Ostmitteleuropa durch die Unterstützung der Stadtherren heraus. Denn die Stadt- und zugleich Landesherren bestimmten den äußeren Rahmen der städtischen Rechtsstellung, indem sie die Siedlerfreiheiten anerkannten sowie Rechtsverleihungen vornahmen. Die Stadtentstehung war also in Ostmitteleuropa ein wechselseitiger Prozess zwischen dem Stadtherrn und der Bürgerschaft. Dabei hatten die Verleihungen der Freiheiten einer entwickelten Siedlung seitens der Könige eine besondere Bedeutung.

Bei etlichen Städten in Schlesien, Klempen, Nordwestböhmen und Nordmähren diente das Magdeburger Recht als Vorbild bei jenen Rechtsverleihungen, deren früheste im Jahr 1211 nach Schlesien erfolgte: Herzog Heinrich (I., der Bärtige) von Schlesien verlieh der Stadt Goldberg / Złotoryja das Magdeburger Recht.²⁰ Zur Zeit der Rechtsverleihung lebten bereits zahlreiche deutsche Siedler, vor allem Bergleute, in Goldberg.

In den böhmischen Ländern wurden zuerst die Städte in Nordmähren vom Magdeburger Recht geprägt, wobei auch die räumliche Nähe zu Schlesien eine wesentliche Rolle spielte. So ist die erste Erwähnung des Magdeburger Rechts als *ius Meidburgense* aus dem Jahr 1223 aus Mähren bekannt.²¹ Es handelt sich um eine Bestätigungs-urkunde König Přemysl Ottokars I. für die Gemeinde der villa Mährisch-Neustadt, in der die vom mährischen Markgrafen früher erworbenen Freiheiten, unter anderem das Magdeburger Recht, anerkannt wurden.

Die Verleihung des Magdeburger Rechts durch den Landesherrn an eine Siedlung war die früheste Erscheinung des Rechtstransfers in Polen und in den böhmischen Ländern. Dies deutet auf eine wesentlich stärkere zentrale Herrschaft in Polen sowie in Böhmen und Mähren hin als im ungarischen Königreich. Während die polnischen

und böhmischen Landesherren bereits seit Beginn der Stadtgründungen die freiheitliche Rechtsstellung nach dem Magdeburger Recht gewährten und dadurch ihre stadtherlichen Befugnisse beschränkten, diente im Königreich Ungarn eine *ungarische* königliche Stadt bei den Rechtsverleihungen als Vorbild: die Freiheiten der Stuhlweißenburger Bürger wurden um die Mitte des 13. Jahrhunderts nach dem Mongolensturm an mehrere Städte des Landes verliehen.²² Stuhlweißenburg war während der Regierungszeit der Arpaden Könige die sakrale Stadt und Residenzstadt, und die Freiheiten der dortigen Siedlergemeinde wurden auf den ungarischen König Stephan zurückgeführt. Anders als in der früheren Literatur behauptet,²³ lassen sich im Fall der Stuhlweißenburger Siedlerfreiheiten aber keine Verbindungen nach Magdeburg nachweisen.

Ab dem letzten Drittel des 13. Jahrhunderts, als die Stadt Stuhlweißenburg nach dem Mongolensturm ihre führende Rolle verlor, nahmen die ungarischen Stadtprivilegien auf die Freiheiten der Donauhandelsstadt (und späteren Residenzstadt) Buda / Ofen Bezug.²⁴

Hier liegt in der Frühphase des städtischen Rechtstransfers ein wichtiger Unterschied innerhalb der ostmitteleuropäischen Region vor, und zwar zwischen der polnischen und böhmisch-mährischen einerseits bzw. der ungarischen Variante andererseits. Nicht durch herrschaftlichen Akt, sondern durch Kommunikation auf städtischer Ebene wirkte das sächsisch-magdeburgische Recht im Rechtsleben der Städte des Königreichs Ungarn. Zudem traf das Magdeburger Recht erst in einer späteren Phase der Stadtentwicklung im Königreich Ungarn ein, und es kam – anders als in Böhmen und Mähren und Polen – den stadtrechtlichen Verbindungen eine zentrale Rolle zu.

IV. Die Blütezeit des städtischen Rechtstransfers: Die Kommunikation zwischen den Städten

1. Rechtsauskünfte

Im Zentrum des städtischen Rechtstransfers in Richtung Ostmitteleuropa stand auf der Seite der Ausgangskultur der Magdeburger Schöffenstuhl, dessen Auskünfte zum Magdeburger Recht das Rechtsleben zahlreicher Städte in Polen und in den böhmischen Ländern formte. Daher lässt sich das Magdeburger Schöffengericht als wichtigster Akteur des Transfers des sächsisch-magdeburgischen Rechts bezeichnen.

¹⁸ SCHÖDL, Günther, Ungarns Städtewesen im Spätmittelalter. Zum deutschen Anteil an Entfaltung und Krise. In: Stadt und Landschaft im deutschen Osten und in Ostmitteleuropa, hrsg. v. Friedhelm Berthold Kaiser und Bernhard Stasiewski, Köln, Wien 1982, S. 127-149, hier S. 131.

¹⁹ DILCHER, Gerhard, Die Rechtsgeschichte der Stadt, in: Deutsche Rechtsgeschichte. Land und Stadt – Bürger und Bauer im alten Europa, hrsg. v. Karl S. Bader, Gerhard Dilcher, Berlin u.a., 1999, S. 251-827, hier S. 338-340.

²⁰ GAUPP, Ernst Theodor, Das alte Magdeburgische und Hallische Recht. Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte, Breslau 1826, ND Aalen 1966, S. 219-223.

²¹ Codex diplomaticus et epistolaris regni Bohemiae, ed. Gustav Friedrich, Bd. II (1198 bis 1230), Prag 1912, S. 237-239; KEJŘ, Jiří, Die Anfänge der Stadtverfassung und des Stadtrechts in den böhmischen Ländern, in: Die deutsche Ostsiedlung des Mittelalters als Problem der europäischen Geschichte, hrsg. v. Walter Schlesinger, Sigmaringen 1975, S. 439-470, hier S. 447; PETERKA, Otto, Rechtsgeschichte der böhmischen Länder, Reichenberg 1928-33, ND Aalen 1965, S. 163.

²² DEGRÉ, Alajos, Székesfehérvár városi joga a középkorban, in: Válogatott jogtörténeti tanulmányok, hrsg. v. Alajos Degré, Budapest 2004, S. 252-260; ZSOLDOS, Attila, NEUMANN, Tibor, Székesfehérvár középkori kiváltságai, Székesfehérvár 2010.

²³ Die These wurde vor allem vor 1945 von Wilhelm WEIZSÄCKER vertreten, aber ohne Quellenangaben (Die Verbreitung des deutschen Stadtrechts in der Slowakei, in: Karpatenland. Vierteljahrsschrift der deutschen Volksgruppe in der Slowakei. Zeitschrift für karpatendeutsche Literatur, Kultur und Volkskunde 13, H.1-2 (1942/1943), S. 17-23, hier S. 18). Siehe aber auch LEHOTSKÁ, Darina, Vývoj mestského práva na Slovensku, in: Sborník Filozofickej Fakulty Univerzity Komenského. Historica 10 (1959), S. 65-114, hier S. 79.

²⁴ GÖNCZI, Katalin, CARLS, Wieland, Sächsisch-magdeburgisches Recht in Ungarn und Rumänien. Autonomie und Rechtstransfer im Donau- und Karpatenraum, Berlin, Boston 2013, S. 89-91.

In Magdeburg wurde das Stadtrecht von Laien tradiert: die Schöffen waren bis zur Reformation keine studierten Juristen.²⁵ Ihre Beschäftigung auf Lebenszeit sorgte aber dafür, dass sie über langjährige Erfahrung in der städtischen Rechtspraxis verfügten. Man kann sie daher rechtskundige städtische Honoratioren nennen. Erst ab der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts erschienen die ersten *doctores* unter den Magdeburger Schöffen.²⁶ Das Schöffengericht besaß eine rechtsberatende Funktion, es war aber kein städtisches Gericht. Auf Anfragen aus den Städten versandte der Schöffengericht umfassende Rechtsmitteilungen und in Einzelfällen auch Schöffensprüche.

Die Fragesteller waren in der Regel der Bürgermeister und der Rat der auswärtigen Städte. Aus der Formulierung der Anfragen und der Schöffensprüche kann man auf eine präzise juristische Denkweise schließen, denn Tatbestände wie Diebstahl, Betrug und Ehebruch wurden mit juristischer Genauigkeit formuliert. Kenntnisse in der juristischen Dogmatik lassen sich auch in der Korrespondenz zwischen den Magdeburger Schöffen und dem anfragenden Rat beobachten. Bei der Schilderung der Rechtsfragen wurden Ausdrücke wie „dieberey“ und „begangener diebstal“ verwendet.²⁷ Auch die Beihilfe zu Straftaten wurde präzise benannt: „stelen helffen“ stand in den Schöffensprüchen vom Ende des 15. Jahrhunderts.²⁸

Nicht nur in Magdeburg, sondern bald auch in weiteren Zentren des Magdeburger Rechts entstanden Schöffengerichte. Die Schöffen von Kulm hatten z.B. eine ähnliche Stellung wie die Magdeburger Schöffen; das zwölfköpfige Kulmer Schöffengericht besaß eine rechtsberatende Funktion und wurde von den umliegenden Städten des Kulmer Rechts um Rechtssprüche gebeten.²⁹ Weitere Spruchkörper gab es in Schlesien (Breslau und Neumarkt); aus den Städten in Großpolen wandte man sich in Zweifelsfällen nach Posen.

In Böhmen war die Stadt Leitmeritz im Rechtstransfer eine Art „Drehscheibe“, denn der Ort diente als eine wichtige Empfängerstadt des Magdeburger Rechts und zugleich als ein rechtsberatendes Zentrum für die Städte des Magdeburger Rechts in Böhmen.³⁰ Von Leitmeritz

aus wurde das Magdeburger Recht weitertradiert. Das Leitmeritzer Stadtgericht wandte sich in Zweifelsfragen aber selbst nach Magdeburg, so dass das Magdeburger Recht in Böhmen durch die Rechtsprechung des Leitmeritzer Oberhofes tradiert wurde.³¹

Der Ausbau der territorialen Herrschaft setzte der Rechteinholung aus Magdeburg ein Ende. In den Residenzstädten, also in Prag und in Krakau, entstanden eigene Appellationsgerichtshöfe. Und in Krakau errichtete 1356 der polnische König Kasimir der Große ein Obergericht für deutsches Recht, das als Oberhof für die umliegenden Städte des südlichen Teils Polens fungierte.³² Zugleich verbot der polnische König nun diesen Städten, sich wegen Rechtsauskünften an Magdeburg zu wenden, damit die Gerichtsbarkeit nach deutschem Recht jetzt vom Regierungssitz Krakau aus erfolgte. Auf diesem Weg wurde das Magdeburger Recht aus dem regionalen Zentrum Krakau weitertradiert, obwohl die unmittelbaren Verbindungen nach Magdeburg nicht mehr existierten.

Die Gründung der königlichen Appellationskammer³³ zu Prag durch König Ferdinand I. im Jahre 1548 beendete endgültig für die böhmischen Städte die Praxis der Rechteinholung aus Magdeburg.³⁴ Dieses königliche Gericht diente vor allem der Rechtsvereinheitlichung im Lande und der Aufsicht über die Rechtsprechung. Dafür bearbeitete das Appellationsgericht außer den Berufungen auch Rechtsauskünfte an die städtischen Gerichte. Zugleich wurde die Versendung von Anfragen an auswärtige Rechtsberatungskollegien untersagt. Die Verfügung König Ferdinands betraf daher auch jene Verbindung, die im Laufe des 14. Jahrhunderts zwischen Leitmeritz und Magdeburg ausgebaut worden war.³⁵ Laut Gründungsakt sollte das Prager Obergericht stattdessen das

senspiegel als europäische Rechtsquelle, hrsg. v. Heiner Lück, Halle (Saale) 2015, S. 23-40, hier S. 27.

²⁵ HERTEL, Gustav, Verzeichnis der Magdeburger Schultheißen, Schöffen und Ratsmänner, in: Geschichtsblätter für Stadt und Land Magdeburg 16 (1881), S. 253-267; EBEL, Friedrich, Des spreke wy vor eyn recht Versuch über das Recht der Magdeburger Schöppen. in: Friedrich Ebel. Unseren fruntlichen grus zuvor. Deutsches Recht des Mittelalters im mittel- und osteuropäischen Raum. Kleine Schriften, hrsg. v. Andreas Fijal, Hans-Jörg Leuchte und Hans-Jochen Schiewer, Köln, Weimar, Wien 2004, S. 423-511, hier S. 504-511.

²⁶ LÜCK, Heiner, Der Magdeburger Schöffengericht als Teil der Magdeburger Stadtverfassung, in: Hanse - Städte - Bünde. Die sächsischen Städte zwischen Elbe und Weser um 1500, hrsg. v. Matthias Puhle, Bd. 1: Aufsätze. Magdeburg 1996, S. 138-151, hier S. 144-147.

²⁷ Stadtarchiv Magdeburg, Rep. 53, Karton 1, Bl. 403.

²⁸ Stadtarchiv Magdeburg, Rep. 53, Karton 1, Bl. 411 f;

²⁹ Brünneck, Wilhelm von, Zur Geschichte des Kulmer Oberhofes, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung, Jg. 34 (1913), S. 1-48.

³⁰ ŠOUŠA, Jiří, Zu einigen Aspekten des Magdeburg-Leitmeritzer Rechts in Böhmen, in: Von Sachsen-Anhalt in die Welt. Der Sach-

³¹ WEIZSÄCKER, Wilhelm, Leitmeritz in der sudetenländischen Stadtrechtsgeschichte, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte von Leitmeritz, hrsg. v. Otto Peterka, Wilhelm Weizsäcker, Prag 1944, S. 7-50, hier S. 10-15; Weizsäcker, Wilhelm, Magdeburger Schöffensprüche und Rechtsmitteilungen für den Oberhof Leitmeritz, Stuttgart, Berlin 1943.

³² LÜCK, Heiner, Krakauer Oberhof für deutsches Recht, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. hrsg. v. Albrecht Cordes, Heiner Lück, Dieter Werkmüller und Christa Bertelsmeier-Kierst als philolog. Beraterin. 2., völlig überarb. u. erw. Aufl. Bd. 3. Berlin 2016, Sp. 205-208; Lysiak, Ludwik, Ius supremum Maydeburgense castri Cracoviensis 1356-1794. Organisation, Tätigkeit und Stellung des Krakauer Oberhofes in der Rechtsprechung Altpolens, Frankfurt a. Main 1990.

³³ ADAMOVÁ, Karolina, Apelační soud v Českém království v letech 1548-1651, in: Collectanea opusculorum ad iuris historiam spectantium Venceslao Vaněček septuagenario ab amicis discipulisque oblata, hrsg. v. Karel Malý, Praha 1975, S. 101-112.

³⁴ LEDVINKA, Václav, Vývoj pražské samosprávy od 13. století do současnosti, in: Documenta Pragensia, 21 (2002), S. 7-14, hier S. 10; VOJÁČEK, Ladislav, SCHELLE, Karel, KNOLL, Vilém, České právní dějiny, 2. Aufl. Plzeň 2010, S. 31 und 107; SLAVÍČKOVÁ, Pavla, Der Prozess des Untergangs des sächsisch-magdeburgischen Rechts im Leitmeritzer und Olmützer Rechtskreis in Böhmen und Mähren, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, Jg. 35 (2013), S. 41-54, hier S. 46 f.

³⁵ MALÝ, Karel, Vývoj městského práva v Čechách, in: Práva městská Království českého. Edice s komentářem, hrsg. v. Karel Malý u.a., Praha 2013, S. 11-29, hier S. 21.

Recht der Städte berücksichtigen, aus denen die Berufung kam.³⁶

2. Stadtrechtliche Verbindungen

Der Transfer des sächsisch-magdeburgischen Rechts beruhte in jener späteren Phase der Stadtentwicklung auf der Kommunikation zwischen den Städten. Es entstand auch ein Netz von gleichen Stadtrechten, also von stadtrechtlichen Verbindungen. Im Königreich Ungarn stellte die Kommunikation zwischen Städten den primären Weg für den Rechtstransfer dar; dieser Transfermechanismus verlief bis zum späten 15. Jahrhundert hauptsächlich auf Deutsch.

Die Stadtrechtsverbindungen prägten das Rechtsleben der Stadt Silles im nordwestlichen Teil des Königreichs Ungarn besonders intensiv: das Stadtrecht von Teschen in Oberschlesien und später jenes der ungarischen Stadt Karpfen spielten eine zentrale Rolle. Für die Silles war anfangs das Recht der Stadt Teschen richtungsweisend.³⁷ Das Teschener Stadtrecht stand dem flämischen Recht nahe und geriet später in den Einflussbereich des Löwenberger Rechts (und damit des Magdeburger Rechts).³⁸ Auf herrschaftlichen Befehl wurde die Rechtsverbindung zwischen Teschen und Silles jedoch gelöst, als die Teschener begannen, sich am Breslauer Recht zu orientieren und sich in Rechtsfragen an den Breslauer Schöffentuhl wandten. Der ungarische König verfügte 1379, dass bei weiteren Rechtsfragen für Silles das Recht der näher gelegenen Stadt Karpfen maßgebend sei.³⁹ Karpfen wurde seit 1244 mit einer vergleichsweise großen städtischen Autonomie ausgestattet; den Karpfener Siedlern und Bürgern stand die autonome Gerichtsbarkeit zu.⁴⁰

Besonders enge Rechtsbeziehungen entwickelten sich unter den niederungarischen Bergstädten. Richtungsweisend war dabei das Stadt- und Bergrecht von Schemnitz. Im 13. und 14. Jahrhundert dienten die Schemnitzer Freiheiten als Vorbild bei Privilegien weiterer Bergstädte (u.a. Neusohl und Deutschlipstsch). Die bedeutenden Bergbausiedlungen entlang des Flusses Gran bildeten dabei den „Bund der niederungarischen Bergstädte“. Aus dem Rechtsbuch der Stadt Schemnitz ist ersichtlich, dass es eine intensive Wechselwirkung zwi-

schen den Stadtrechten innerhalb Ostmitteleuropas gab. Vergleichende Quellenstudien belegen zudem, dass in den Rechtsaufzeichnungen von Silles, Ofen und Schemnitz – also zwischen den Städten des Königreichs Ungarn – gleiche deutschrechtliche Rechtsbegriffe verwendet wurden. An dem Stadtrecht von Schemnitz orientierten sich weitere Bergstädte, so auch die führende Stadt der „oberungarischen Bergstädte“, Göllnitz.

V. Ausblick

Schon vor dem Zeitalter des *nation-building* verband das sächsisch-magdeburgische Recht kulturelle Landschaften. Während des 13. bis zum ersten Drittel des 19. Jahrhunderts wurde dieses Recht ein integraler Bestandteil der ostmitteleuropäischen Rechtskultur. Für die Untersuchung dieses zeitlich und räumlich vielfältigen grenzüberschreitenden Prozesses ist der Rechtstransfer wie gezeigt ein geeigneter methodischer Ansatz, wobei Transfer und Tradition miteinander verflochten waren. So liefert die rechthistorische Analyse des Transfers neue Argumente zum gegenwärtigen Dialog tschechischer und deutscher Historiker über die Genese der Stadt in den böhmischen Ländern:⁴¹ der städtische Rechtstransfer intensivierte den Prozess der Stadtentstehung und verband die bereits vorhandenen Rechtstraditionen mit den verliehenen Magdeburger Freiheiten. Die Akteure des Rechtstransfers waren die Landesherren, die Siedler und die Kaufleute, deren Rechtsvorstellungen sich mit den ursprünglichen Rechtsgewohnheiten vermischten. Aus diesem Dualismus entwickelte sich das Stadtrecht in Ostmitteleuropa, dessen ausgeprägteste Form in den polnischen Städten vorkam.

Durch die Entstehung von regionalen Zentren ergaben sich lokale Varianten des sächsisch-magdeburgischen Rechts. Dieser Vorgang wurde durch die städtische Schriftlichkeit und später durch den Buchdruck wesentlich beschleunigt. Polnische Juristen des 16. Jahrhunderts verfassten nach den Vorlagen von römischrechtlichen Glossen Abhandlungen, in denen sie sich mit der Praxis des Sachsenspiegels und des Magdeburger Rechts auseinandersetzten. Diese ursprünglich auf Latein, später aber auf Altpolnisch geschriebenen Kompendien⁴² hatten einen Modellcharakter in der Rechtsliteratur und für Kodifikationen in der Ukraine. Auch in einen ukrainischen Kodifikationsentwurf von 1743 wurden Elemente des sächsisch-magdeburgischen Rechts aufgenommen.⁴³ Der Sachsenspiegel Eikes von Repgow prägte also

³⁶ SLAVÍČKOVÁ, Der Prozess des Untergangs des sächsisch-magdeburgischen Rechts, 2013, S. 48.

³⁷ Die oberschlesische Stadt Teschen wurde nach deutschem Recht zwischen 1260 und 1263 gegründet. LANDWEHR VON PRAGENAU, Moritz, Geschichte der Stadt Teschen. Bearb. von Walter Kuhn. Würzburg 1976, S. 16 f.

³⁸ PETROVICS, István, A korai magyar városfejlődés és az idegen jog, in: Régi és új peregrináció. Magyarok kulföldön, kulföldiek Magyarországon. hrsg. v. Imre, Békési u. a., Bd. 1. Budapest, Szeged 1993, S. 264–270, hier S. 269.

³⁹ Codex diplomaticus Hungariae ecclesiasticus ac civilis, ed. György Fejér, Buda 1829–1844, Bd. IX/7, S. 619 f; WENZEL, Gusztáv, Magyarország városai és városjogai a múltban és jelenben, Budapest 1877, S. 46 f; PAPSONOVÁ, Mária, Das Magdeburger Recht und das Sillesner Rechtsbuch. Wörterbuch zur deutschsprachigen Vorlage des Landrechts (1378) und zu ihrer Übersetzung (1473). Frankfurt a. Main 2003, S. 22 f; PIIRAINEN, Ilpo Tapani, Der Anfang und die frühe Entwicklung der Städte in der Mittelslowakei anhand der Geschichte von Karpfen/Krupina, in: Karpaten Jahrbuch, 61 (2010 [2009]), S. 67–74, hier S. 69.

⁴⁰ Codex diplomaticus Hungariae ecclesiasticus ac civilis, ed. György Fejér, Buda 1829–1844, Bd. IV/1, S. 329–331.

⁴¹ Die Herausbildung des Stadtrechts in den böhmischen Ländern hat bereits vor der Ankunft der deutschen Siedler begonnen, stellte z.B. im Jahre 2012 Josef Žemlička fest: The Germans and the Implantation of German Law among the Bohemians and Moravians in the Middle Ages, in: The Expansion of Central Europe in the Middle Ages, hrsg. v. Nora Berend, Farnham 2012, S. 237–270, hier S. 263–266.

⁴² JASKIER, Nikolaus, Iuris provincialis, quod speculum Saxonum vulgo nuncupatur libri tres, Cracoviae 1535, 2. Aufl. Samość 1602; GROICKI, Bartłomiej, Artykuły Prawa Mądeburskiego, Ktore zową Speculum Saxonum, Krakau 1558; Szczerbic, Paweł, Ius Municipale. To jest prawo miejskie mądeburskie nowo z łacińskiego i z niemieckiego na polski język z pilnością i wiernie przełożone, Lwów 1581.

⁴³ KOBYLEC'KYJ, Mykola, Das magdeburgische Recht als Quelle des Kodex von 1743, in: Rechts- und Sprachtransfer in Mittel- und

zusammen mit dem Magdeburger Recht die Rechtskul-

turen Ostmitteleuropas; daher gehören beide Rechtsquellen zum historischen Erbe der ostmitteleuropäischen Rechtsgeschichte.

Osteuropa. Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, hrsg. v. Ernst Eichler, Heiner Lück, Berlin 2008, S. 141-155.

Das litauische Statut von 1529 vor dem Hintergrund der Gesetzgebung und Jurisprudenz seiner Epoche*

Dietmar Willoweit

I. Zur Legitimation des Gesetzgebers und zur Rechtsnatur des Statuts

Ein Versuch, das litauische Statut von 1529¹ aus der Sicht des benachbarten okzidental Europas zu beurteilen, muss sich vor der Erörterung einzelner Fragen zunächst mit dem Gesetz an sich, mit seiner „Rechtsnatur“ auseinandersetzen. Auf diese, etwas altertümlich klingende, begriffliche Hilfe kann bei der Analyse mittelalterlicher Rechtstexte nicht verzichtet werden, weil die Gesellschaft des europäischen Mittelalters das Gesetz im modernen Sinne des Wortes noch nicht kennt – als eine zweckrationale Normsetzung beliebigen Inhalts aufgrund wechselnder politischer Zielvorstellungen. Wir müssen davon ausgehen, dass auch noch die Menschen des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit trotz aller Wandlungsprozesse von der Vorstellung einer dauerhaften, richtigen Ordnung erfüllt waren. Die Gesetze dieser Zeit spiegeln ein solches Denken wider. Auch ein so imponierendes und im internationalen Vergleich jener Zeit herausragendes Gesetzeswerk wie das Erste litauische Statut muss sich daher die Frage gefallen lassen, worauf seine Verbindlichkeit gegründet ist. Muss es als ein dem freien Willen des Herrschers entsprungenes Gebot verstanden werden oder als ein von ihm gewährtes Privileg, als ein Vertrag mit dem Adel oder als Fixierung einheimischer Rechtsgewohnheiten?² Die Forschung hat längst Parallelen in anderen europäischen Urkunden wie der englischen Magna Charta von 1215 oder der ungarischen Goldenen Bulle von 1222 bemerkt³, Texte, denen sich weitere sogenannte „Herrschaftsverträge“ dieser Art bis zum Ende des Mittelalters zur Seite stellen lassen.⁴

Doch das litauische Statut von 1529 ist als ein dem Adel gewährtes Privileg allein nicht zu verstehen. Es dokumentiert ebenso eindringlich die Stellung des Königs als Großherzog von Litauen, die Grundlagen seiner Herrschaft und damit zugleich die Rechtfertigung seiner Gesetzgebung. Darüber hinaus enthält es umfangreiche Regelungen über das Herresaufgebot, die Gerichtsbarkeit, strafrechtliche Sanktionen, den Liegenschaftsprozess und anderes mehr. Den dreizehn Rubriken sind insgesamt 242 capitula zugeordnet.⁵ Ein so gewaltiger Rechtsstoff lässt sich auf wenigen Seiten nur exemplarisch streifen und in seinen ungefähren Umrissen charakterisieren, nicht erschöpfend mit der wechselseitigen Verzahnung der einzelnen Texte analysieren. Ein erster Schritt unserer Überlegungen muss aber jedenfalls der Herrschaftslegitimation und in diesem Zusammenhang der Rechtsnatur des Statuts gewidmet sein.

Sigismund nennt sich in der Intitulatio nicht nur rex und magnus dux, sondern auch dominus et heres. Das Wort dominus, das auch rechtlich neutral mit „Herr“ übersetzt werden könnte, hat hier, im Kontext mit „Erbe“, zweifellos überwiegend die Bedeutung von „Eigentümer“. Mehrfach ist im weiteren Text des Statuts auch vom dominium nostrum die Rede⁶, ein Begriff, der im Sprachgebrauch der fürstlichen Kanzleien Europas seit dem 13. Jahrhundert die auf Eigentum gegründete politische Gewalt bezeichnet; vielfach ist hier in diesem Sinne von domini terrae die Rede.⁷ Diese Terminologie bestätigt die Beobachtung der Wissenschaft, schon im 14. Jahrhundert habe man in Litauen dem Volk die Vorstellung zu vermitteln versucht, es sei „das ganze Land das ‚Eigentum‘ der herrschenden Sippe“.⁸ Dieser Rechtsgedanke ist denn in der Tat auch geeignet, eine Reihe kon-

* Erstveröffentlichung in: Pirmasis Lietuvos Statutas ir Epocha, Vilnius 2005, S.63-80. Für die vorliegende Publikation habe ich den Text gelegentlich korrigiert und ergänzt, in den Anmerkungen die Literaturhinweise aktualisiert und einige Auszüge aus dem in Deutschland nicht überall leicht zugänglichem Wortlaut des Statuts hinzugefügt.

¹ Lietuvos Statutas. The Statute of Lithuania. Statuta Lithuaniae 1529, Vilnius 2004. Die Vorschriften des Statuts werden nach der lateinischen, auf das Jahr 1530 zurückgehenden Fassung – in dieser Ausgabe S. 203ff. – zitiert, und dies ganz überwiegend nur auszugsweise. Die kritische Ausgabe Pirmasis Lietuvos Statutas, Vilnius 1991, wurde vergleichend herangezogen. Der ruthenische Text von 1529 blieb aus sprachlichen Gründen unberücksichtigt. Zur Entstehungsgeschichte des Statuts vgl. Eduardas Gudavičius, Short survey of the first statute of Lithuania, in: Lietuvos Statutas (s. o.), S. 15-43.

² Grundlegend zu diesen Unterscheidungen Wilhelm Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland. Um Nachträge erweiterter Neudruck der 2. Auflage 1958 besorgt von Friedrich Ebel, Göttingen 1988.

³ Eduardas Gudavičius, The Grand Duchy of Lithuania, in: Lietuvos Statutas (Anm. 1), S.45-65, 51.

⁴ Werner Näf, Herrschaftsverträge des Spätmittelalters (Quellen zur

neueren Geschichte, hrsg. vom Historischen Seminar der Universität Bern, Heft 17), Bern 1951.

⁵ Vgl. den vollständigen Überblick über alle Rubriken in Anm. 62.

⁶ Statutum Lituaniae I, 4: „Si profugus ... existens adhuc in dominio nostro ...“; III,1: „Cum deus fauerit nobis consequi aliud dominium, eciam et regnum ...“.

⁷ Dietmar Willoweit, Rezeption und Staatsbildung, in: Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, hrsg. von Dieter Simon (Ius Commune, Sonderheft 30), Frankfurt 1987, S. 19ff., 32ff.; vgl. a. ders., Dominium und Proprietas. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft, in: Historisches Jahrbuch 94 (1974), S.131ff.

⁸ Rimvydas Petrauskas, Die Staatsstrukturen des frühen Großfürstentums Litauen, in: Litauisches Kulturinstitut, Jahrestagung 2003, Lampertheim 2004, S.13ff., 19. Nicht anders hatte im benachbarten Preußen der Deutsche Orden sein Herrschaftsrecht als Obereigentum begriffen, vgl. Reinhard Wenskus, Das Ordensland Preußen als Territorialstaat des 14. Jahrhunderts, in: Hans Patze (Hrsg.), Der deutsche Territorialstaat im 14. Jahrhundert, Bd. I, Sigmaringen 1970, S. 347-382, 349.

kreter Regelungen des Statuts zu erklären. Wenn der Fürst der wahre Eigentümer des Bodens ist, dann kann er ihn seinen Untertanen im Falle pflichtwidrigen Verhaltens auch wieder entziehen – zum Beispiel bei Flucht aus dem Land.⁹ bei Einführung neuer Zölle¹⁰, bei Verletzung der Pflicht zum Kriegsdienst¹¹, bei unberechtigter Landnahme, die nicht nur die Herausgabepflicht, sondern auch den Verlust der eigenen Liegenschaften nach sich zieht.¹² Damit stimmt überein, dass die militärische Folgepflicht selbst durch den Landbesitz ausgelöst wird.¹³ Und ebenso leuchtet die Beschränkung des Verfügungsrechts privater Grundbesitzer ein¹⁴, kann der fürstliche Eigentümer des ganzen Landes doch an einem freien Güterverkehr und der damit verbundenen Mobilität seiner Untertanen nicht interessiert sein. Auch hier ist die Sanktion im Falle eines Verstoßes gegen das Verbot, mehr als ein Drittel des Grundbesitzes zu veräußern, hart und konsequent: die Veräußerung ist nichtig.¹⁵ Wahrscheinlich muss sogar die ausführliche Regelung des Liegenschaftsprozesses mit dem besonderen Interesse des Fürsten an den in seinem Lande herrschenden bodenrechtlichen Verhältnissen erklärt werden.¹⁶ Auch ohne förmliche Normierung lehensrechtlicher Beziehungen liegt es nahe, den Großherzog als „dominus directus“, also als „Obereigentümer“ Litauens anzusehen.

Wenn der Großherzog der höchste Eigentümer des Landes ist, dann ergibt sich aus der Sicht des Adels die Notwendigkeit einer Garantie seines Liegenschaftsbesitzes – quasi des „Untereigentums“ – durch den Fürsten von selbst. Sigismund verspricht Herzögen, Baronen und Adligen den ruhigen Besitz der zu Zeiten der Könige Kasi-

mir und Alexander erworbenen Güter, selbst wenn sie Dokumente nicht vorweisen können.¹⁷ Er gesteht ihnen das Recht zu, ein Drittel des Besitzes unter Lebenden und von Todes wegen zu veräußern¹⁸ und gewährleistet das Erbrecht nach dem Vorbild des polnischen Rechts – eine wohl gegen den Zugriff der Verwandten aus Seitenlinien gerichtete Regelung.¹⁹ All dies wäre überflüssig, wenn nicht der eigentumsrechtlich verstandene Herrschaftsanspruch des Großherzogs als eine latente Gefahr erkannt und erfahren worden wäre. Die Rechtsgarantien sind ein Spiegelbild der fürstlichen Macht und deren Konsequenz, soll die Herrschaft des Großherzogs nicht zu einem Willkürregiment entarten. So erwachsen die herrschaftsvertraglichen Elemente des Statuts aus der unumgehbaren Einsicht, den Güterbesitz der führenden Schichten des Landes zu schützen. Nahtlos schließen sich daran Regelungen an, die primär zwar ebenfalls die Interessen des Adels im Blick haben, tatsächlich aber dem Vorteil und Schutz des ganzen Landes dienen. So, wenn Sigismund von ihm oder seinen Nachfolgern getätigte Vergabungen litauischer Güter für unwirksam erklärt, sofern sie in Polen erfolgen.²⁰ Vor allem aber bezeugt die dritte Rubrik über die Handhabung des als ein Corpus verstandenen Großherzogtums und die Freiheiten des Adels die untrennbare Verknüpfung gesamtstaatlicher und adeliger Interessen.²¹ Der Fürst verspricht, im Falle des Erwerbs eines anderen dominium, selbst eines Königreiches, weder das Großherzogtum noch die Zahl seiner aus diesem stammenden Räte zu vermindern und grundsätzlich keine Güter des Territoriums zu veräußern.²² Dieses soll als Ganzes erhalten bleiben, weil bei seiner Verminderung auch die Belastungen des Adels zunehmen würden – man denke nur an den Kriegsdienst, aber auch an etwaige Steuerpflichten. Diese Parallelität der Interessen des Adels, des grundbesitzenden Klerus und des Steuern zahlenden Stadtbürgertums – der anderswo sogenannten „Landstände“ – mit dem wohlverstandenen Interesse des Landes ist in vielen Ländern Europas zu beobachten.²³ In der dritten Rubrik des

⁹ Statutum Lithuaniae I, 3: „Quicunque subditorum nostrorum profugerit de dominio nostro ad terram hostium nostrorum ... amittit et bona eius paterna ...“; I, 5: „Si quis profugerit ad terram hostilem relictis pueris indivisis, tunc bona huiusmodi cedunt pro nobis ...“; ferner I, 4: Der Erwerber des von dem Flüchtigen veräußerten Gutes verliert dieses und sein bisheriges Eigentum, wenn er seine Unkenntnis von der Fluchtabsicht nicht zu beschwören wagt.

¹⁰ Statutum Lithuaniae I, 21: „... Et si quis ausus fuerit nouum thelo-neum in bonis suis constituere, tunc huius modi bona amittit mense nostre.“

¹¹ Statutum Lithuaniae II, 2: „... constituimus, ut tempore violente necessitatis cives etiam et omnes subditi nostri ... ad expeditionem bellicam proficiscantur ... Et si quis subditorum nostrorum supradictorum expeditionem bellicam non seruauerit ... talis amittit bona sua ...“; ferner II, 3 und öfters.

¹² Statutum Lithuaniae I, 9 regelt mehrere derartige Fälle, unter denen besonders die Sanktion selbst für die Inbesitznahme von terras desolatas auffällt: „Et si quis occupaverit hominem vel duos, vel decem aut quotcunque, cum terris aut terras desolatas, tunc tenetur homines, quotquot occupaverit, singulos suis compensare hominibus et terris; et terras desolatas terris suis.“

¹³ Statutum Lithuaniae II, 1: „Constituimus ... , quod unus quisque ... bona terrestria possidens, tempore necessitates cum maiestate nostra ... tenetur seruicium bellicum subire ...“, eine Pflicht, für deren Erfüllung selbst Witwen und unmündige Waisen Sorge zu tragen haben.

¹⁴ Statutum Lithuaniae I, 15-17 gestatten unter Lebenden oder von Todes wegen (I, 17) nur die Verfügung über ein Drittel des Grundbesitzes und dies nur mit Billigung der zuständigen Amtsträger, I, 15: „Palatini vero, marsalci et capitanei nostri, unusquisque in suo districtu, debet consentire ad emptionem ...“

¹⁵ Statutum Lithuaniae I, 15: „... Et si quis plusquam tertiam partem bonorum suorum donaverit aut vendiderit alicui in perpetuum, talis alienacio non valet ...“

¹⁶ Statutum Lithuaniae VIII, 1-20: „De processu iuridiciario super fundis eorumque limitibus.“

¹⁷ Statutum Lithuaniae I, 15 und 19.

¹⁸ Vgl. o. Anm. 14.

¹⁹ Statutum Lithuaniae III, 9: „Post obitum parentum liberi – filij et filie – a bonis paternis et hereditarijs non debent alienari, sed cum posteris suis legitimis bona ea plenarie iure obtinebunt, quemadmodum duces, barones, nobiles et cives regni Poloniae sua obtinent et in usus conuertunt suos.“

²⁰ Statutum Lithuaniae I, 25: „Item constituimus, quod ex nunc nos et successores nostri, existentes in regno Poloniae, non debemus aliquid bonorum ducalium, kmethonum aut terrarum alicui concedere, nec priores concessionem confirmare. Sed in Magnoducatu Lithuaniae existentes, nos et successores nostri subditos suos iuxta merita eorum donis liberalitatis nostre providebimus. ...“ In der Regelung mag sich auch das den Litauern kaum unbekannte Ritual widerspiegeln, die Vergabe von Grund und Boden auf diesem selbst zu vollziehen.

²¹ Statutum Lithuaniae III: „De manu tenendo corpore magniducatus et de libertatibus nobilitatis.“

²² Statutum Lithuaniae III, 1 und III, 2 mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Eigentumsbindung der großherzoglichen Güter: „Item bona Magniducatus ipsius non diminuemus, sed, quod inuste alienatum fuerit vel illicite occupatum et impetratum, ad proprietatem Magniducatus ipsius reducemus et reducere volumus.“

²³ Wolfgang Neugebauer, *Standschaft als Verfassungsproblem. Die historischen Grundlagen ständischer Partizipation in ostmitteleuropäischen Regionen*, Goldbach 1995; Wolfgang Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsge-*

litauischen Statuts übernimmt der Großherzog aber noch weitere Pflichten, so dass er jedenfalls hier in der Rolle eines Vertragspartners des Adels erscheint: Er verspricht, Ämter, Ehren und Würden Ausländern nicht zu übertragen²⁴, die alten Ämter in Vilnius und Trakai, aber auch die der Kastellaneien, Kanzleien, Land- und Hofmarschallate und andere Ämter in vollem Umfang bestehen zu lassen²⁵, Gesetze nur mit Zustimmung seiner Räte zu erlassen²⁶ überhaupt die Rechte und Freiheiten des Adels und der Stadtbürger, aber auch ihrer Leute – hier finden als *homines* auch die Untertanen Erwähnung – aufrechtzuerhalten²⁷ und anderes mehr. Besonderer Rang aber kommt dem einleitenden, eigenhändig beschworenen Versprechen des Großherzogs zu, alle von den Vorgängern gewährten weltlichen und kirchlichen Rechte und Privilegien bestehen zu lassen und zugleich zu bestätigen.²⁸ Damit stellt der Text von Anfang an klar, dass dieses Gesetz nicht nur die Untertanen, sondern auch den Herrscher selbst bindet.

Offenbar haben die Zeitgenossen aus dem eigentumsrechtlichen Herrschaftsrecht des Fürsten aber nicht nur Folgerungen gezogen und Normen formuliert, die den Güterbesitz und die Verwaltung des Landes betrafen. Die schon erwähnte Pflicht der Grundbesitzer, Kriegsdienst zu leisten, weist auf das Recht des Großherzogs hin, auch Verhaltensregeln zu erlassen und Ungehorsam zu bestrafen. Wenn wir die Hypothese zugrunde legen, dass der Fürst eine allgemeine Strafgewalt jedenfalls über die ihm unmittelbar unterworfenen Grundbesitzer, also vor allem den Adel, in Anspruch nahm, dann leuchtet der Sinn zentraler Regelungen des Rechtsschutzes unmittelbar ein. An prominenter Stelle, direkt nach dem einleitenden, feierlichen Versprechen des Großherzogs, die bestehenden Rechte zu respektieren, verkündet das Statut das grundlegende Prinzip eines auf Rechtssicherheit gegründeten Staates: Keinem Adligen oder Bürger – *cives* – darf irgendeine Strafe, eine Geld-, Blut-, Kerkerstrafe oder Güterentzug, auferlegt werden ohne Verurteilung in einem öffentlichen Gericht *secundum consuetudinem iurium catholicorum*, womit jedenfalls okzidentale Rechtsgewohnheiten gemeint sind, wozu ein

Strafmaß entsprechend der Schwere der Tat gehört.²⁹ In diesem Zusammenhang ist auch die Anordnung zu verstehen, dass die Ehefrau nicht für ihren Mann, der Vater nicht für den Sohn, dieser oder ein sonstiger Verwandter nicht für den Vater, der Knecht nicht für den Herrn bestraft werden dürfe.³⁰ Dem Hinweis auf den Knecht dürfen wir wohl entnehmen, dass hier ein für alle Untertanen gültiges Prinzip formuliert werden sollte: Strafe nur bei persönlicher Verantwortung nach dem unter Katholiken üblichen Gerichtsverfahren, das für alle Christen Geltung beanspruchte. Auch die Festsetzung, dass alle „Einwohner“ des Großherzogtums gleich gerichtet werden sollten und die Übernahme der weit verbreiteten Formel, ein gleiches Gericht solle dem Armen wie dem Reichen zuteil werden, weist in dieselbe Richtung. Schon hier zeigt es sich, dass die Charakterisierung des litauischen Statuts von 1529 als „Adelsprivileg“ entschieden zu kurz greift. Die umfassend gedachte Macht des Fürsten wird einer rigorosen Selbstbeschränkung unterworfen.

Die Herrschaftslegitimation des Fürsten und die rechtliche Qualität des Statuts hängen eng miteinander zusammen. Der Herrscher residiert gleichsam in einer eigenen, gewöhnlichen Menschen nicht zugänglichen Sphäre. Ihm „gehört“ das Land und er hat über seine Menschen zu bestimmen. Daher kommt ihm auch das Recht zu, Gesetze zu erlassen, Strafen zu verhängen und Rechte zu gewähren. Aber gerade weil das so ist, kann ein intaktes Sozialleben nur aufrechterhalten und letztlich auch die Macht des Monarchen nur gesichert werden, wenn dieser selbst an das Gesetz gebunden wird. Das geschieht in dieser Zeit noch durch ausdrückliche Versprechungen und Zusagen des Herrschers, so dass dem litauischen Statut von 1529 Elemente eines „Herrschaftsvertrages“ gewiss nicht abzusprechen sind. Doch zeigt eine umfassendere Lektüre, dass ganz überwiegend verbindliche Gebote, also Gesetzesbefehle an die Untertanen, formuliert werden. Das Statut gibt freilich auch zu erkennen, wie wir uns deren Zustandekommen vorzustellen haben: nach reiflicher Überlegung, mit Wissen, Rat und Zustimmung der Räte des Großherzogtums Litauen.³¹ Diese *consilarii* sind also nicht lediglich dem Fürsten informell nahe stehende Ratgeber. Sie begegnen an mehreren Stellen des Statuts sowohl als Vertreter des Herrschers während seiner Abwesenheit wie auch als Angehörige eines *Gremiums*, das an den Entscheidungen des Groß-

schichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart, München 1999, S. 211ff.

²⁴ Statutum Lithuaniae III, 3. Das betrifft „fundos, castra, ciuitates et quascunque hereditates, tenutas et quecunque officia, honores et dignitates“.

²⁵ Statutum Lithuaniae III, 4: „officia antiqua videlicet ... castellanatus, cancellariatum, marsalcatus terrestrem et curiensem, capitaneatus et alia officia“. Auch ihre Aufgaben werden angedeutet: „iudicare, regere et ministeriales suos ... mittitare et officiis suis uti secundum antiquam consuetudinem ...“.

²⁶ Statutum Lithuaniae III, 6: „Item conseruandis antiquis privilegijs et consuetudinibus ... vel super nouis condendis et augendis, quod visum fuerit addendum ad nostrum et republicae utilitatem ... consilio et consensus consiliorum nostrorum Magniducatus Lithuaniae consulemus et ordinabimus.“

²⁷ Statutum Lithuaniae III, 7: Für „... duces et barones, et omnes boyaros communes, et cives, et eorum homines ...“ gilt diese Regelung und damit wohl für den größten Teil der Bevölkerung.

²⁸ Statutum Lithuaniae I, 1. Der Kern des feierlichen Versprechens lautet: „In primis omnium eorum iura, priuilegia, tam ecclesiastica, ritus latini et greci, quam eiam secularia ... super quecunque bona aut libertates ... firmiter tenere et obseruare volumus et verbo nostro regio, sub nostro corporali iuramento ad sancta dei ewangelia prestito, promissimus et promittimus ...“.

²⁹ Statutum Lithuaniae I, 2: „Concedimus ... quod ad nullius hominis delacionem vel accusationem, publicam aut occultam, seu suspicionem sinistram ipsos duces, barones, nobiles et ciuis punire volumus nec mulctare pena aliqua pecuniaria, sanguinaria, carceraria aut bonorum alienatoria, nisi qui prius in iudicio more iuris catholici, actore et reo personaliter comparentibus, legitime fuerint conuicti, qui post iudicium et condemnationem secundum consuetudinem iurium catholicorum puniri debent et sentenciari iuxta grauitatem aut leuitatem excessum suorum ...“.

³⁰ Statutum Lithuaniae I, 8: „... non debet puniri, nisi ille, qui deliquit, semper tamen ordine iuris catholici obseruato. ...“ „Mos“ (Anm.29) oder „ordo“ „iuris catholici“ ist hier gewiss nicht als Anwendung kanonischen Rechts misszuverstehen, das den weltlichen Capitanei sicher nicht näher bekannt war, sondern als Orientierung an den in der katholischen Welt üblichen Rechtsbräuchen.

³¹ Vgl. o. Anm. 26.

herzogs beteiligt ist.³² Diese Institutionalisierung eines Ratskollegiums mit sowohl jurisdiktionellen wie administrativen Befugnissen entspricht dem zu jener Zeit in Europa üblichen Standard.³³

II. Die rechtspolitischen Ziele des Statuts: Rechtsschutz und Friedenswahrung

Schon in der ersten Rubrik ist zu erkennen, welch außerordentlichen Rang das Statut der friedlichen, gerichtsformigen Beilegung von Streitigkeiten zuweist. Dem Versprechen des Fürsten, niemand ohne Gericht und Urteil zu bestrafen, steht das Gebot gegenüber, Streitigkeiten über Liegenschaften, Jagd, Weiden oder Honigbäume gerichtlich entscheiden zu lassen; der Unterlegene aber muss Schadensersatz leisten, wenn er das Urteil missachtet.³⁴ Eine besondere Vorschrift droht sechswöchige Kerkerhaft und eine hohe Geldstrafe generell allen an, Höheren wie Niederen, wenn sie sich einem vom Fürsten mit seinen Räten gefällten Urteil widersetzen.³⁵ Der Großherzog verspricht seinerseits dem Adel Rechtsschutz gegen ehrenrührige Verleumdungen³⁶ – ein in allen Schichten der spätmittelalterlichen Gesellschaft aktuelles Problem. Beschimpfungen und grobe Worte waren sehr viel verbreiteter als heute. Das Angebot einer gerichtlichen Erledigung derartiger Vorfälle schließt aber zumindest indirekt die Pflicht des Adels ein, auch in solchen Situationen, in denen die Hand rasch zum Schwert greift, friedliche Wege der Konfliktbeilegung zu suchen. In allen diesen Vorschriften geht es ersichtlich um viel mehr als nur um die Rechte und Privilegien des Adels in der Weise, wie diese in den „Herrschaftsverträgen“ aus älterer Zeit normiert worden waren. Der Adel soll auf gewalttätige Selbsthilfe verzichten. Der Wandel der gesellschaftlichen und staatlichen Verhältnisse im ausgehenden Mittelalter ist vor allem auch dadurch gekennzeichnet, dass die Obrigkeiten den Adel zum Verzicht auf sein hergebrachtes Fehderecht zwingen und das staatliche Gewaltmonopol durchsetzen. In der Geschichte des Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation kam insofern dem im Jahre 1495 von König Maximilian I. verkündeten „Ewigen Landfrieden“ epochale Bedeutung zu³⁷, doch

lässt sich mit guten Gründen behaupten, dass es sich um ein essentielles Element der Staatsbildung in Europa überhaupt handelt.³⁸

Voraussetzung friedlicher Konfliktbeilegung ist die Funktionsfähigkeit des Gerichtswesens. Die sechste Rubrik des Statuts „De iudicibus et iurisdicione eorum“ enthält detaillierte Regelungen, die diesem Ziel dienen. Als wichtigsten Grundsatz stellt der Text an den Anfang die Vorschrift, dass alle Untertanen des Großherzogtums nur nach dem im Statut niedergelegten Recht gerichtet werden dürfen. Behauptet jemand, danach zu Unrecht verurteilt worden zu sein, ist der Fall vor dem Fürsten oder seinen Räten zu überprüfen und entweder der Richter zum Schadensersatz zu verpflichten oder die grundlos Beschwerde führende Partei zu bestrafen.³⁹ Die strikte Bindung an das geschriebene Recht erscheint nur dem modernen Beobachter als eine Selbstverständlichkeit. Als das Statut erlassen wurde, war aber die Zeit des ganz überwiegend schriftlosen Rechts- und Gerichtswesens in Europa gerade zu Ende gegangen. Schriftlich fixiertes Recht hat eine andere Qualität und vermittelt einen anderen Begriff von Rechtsgeltung als die im Medium der Mündlichkeit verharrende Rechtspraxis, die sich an den von Generation zu Generation weitergegebenen, aber auch veränderten Traditionen orientiert. Das litauische Statut von 1529 markiert auch insofern einen entschiedenen Schritt in die frühmoderne Zeit. Eine fast überall zu beobachtende Folge dieser Bindung an einen Gesetzestext ist die Entstehung einer Beamtengerichtbarkeit, da es für die Gewährleistung richtiger Urteile allein auf eine umfassende Kenntnis des Gesetzes ankommt. Das Statut betraut mit dieser Aufgabe die regionalen Amtsträger, also die palatini, capitanei und tenutarii, die für den Fall ihrer amtlich bedingten Verhinderung zwei vertrauenswürdige Adlige als Stellvertreter zu bestimmen haben.⁴⁰ Darüber hinaus werden die Adligen verpflichtet, einmal im Jahr an einem bestimmten Sonntag vor dem großherzoglichen Gericht in Vilnius zu erscheinen, um dort gegenüber erhobenen Klagen Rede und Antwort zu stehen.⁴¹ Weitere Vorschriften versuchen indessen, den Konflikt schon auf der untersten Ebene, zwischen den Parteien, beizulegen. Geschieht einem Adligen durch einen anderen Adligen oder dessen Untertanen Unrecht, dann schicke er zu dem dafür Verantwortlichen, dass er ihm Recht verschaffe, *iusticiam administret*, worunter wir uns den rechtlichen Ausgleich unter Privatpersonen etwa durch Schadensersatzleistung oder Entschuldigung

³² Statutum Lithuaniae I, 12; I, 20; I, 23; VI, 1; VI, 6.

³³ Reinhard Staatsgewalt (Anm. 23), S. 141ff., 171ff.; Dietmar Willoweit, Allgemeine Merkmale der Verwaltungsorganisation in den Territorien, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, hrsg. von Kurt G. A. Jeserich, Hans Pohl, Georg Christoph von Unruh, Bd. 1, Stuttgart 1983, S. 289ff., 307ff.

³⁴ Statutum Lithuaniae I, 12. Neben dem an die obsiegende Partei zu leistenden „dampnum“ sieht das Gesetz für die Missachtung eines gerichtlichen Urteils eine zusätzliche Sanktion vor. Einer hartnäckigen Weigerung der unterlegenen Prozesspartei, das Urteil anzuerkennen, begegnet der Herrscher mit einem eigenen Gebot und der Forderung einer Sicherheitsleistung („vadium“), die ihm bei weiterem Widerstand verfällt.

³⁵ Statutum Lithuaniae I, 23: „Si quis sentencie, quam princeps cum consiliariis comperierit et promulgauerit, resistere voluerit, tunc talis, cuiuscunque – tam superioris, quam inferioris – status fuerit, debet sedere in carceribus sex ebdomadas et ultra hoc debet solueuere ad thesaurum nostrum siclos duodecim.“

³⁶ Statutum Lithuaniae I, 20.

³⁷ Fritz Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart, 9. Auflage, Stuttgart 1950, S. 17ff.; Arno Buschmann, Ewiger Landfriede, in: HRG, 2. Aufl., Bd. I, Sp. 1447-1450; Dietmar Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, 7. Auflage, München 2013, §15, jeweils m. w. Nachw.

³⁸ Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage (1914), Sechster Neudruck, Darmstadt 1959, S. 429, 431; Max Weber, Politik als Beruf, in: ders., Gesammelte politische Schriften, 2. Auflage, Tübingen 1958, S. 494.

³⁹ Statutum Lithuaniae VI, 1: Die großherzoglichen Amtsträger sollen „iudicare et regere non aliter, sed hijs scriptis legibus, quas universis subditis nostris Magniducatus dedimus. ...“ Der sehr ausführlichen Regelung auch für den Fall, „quod non secundum ius hoc scriptum sit iudicatus“ liegt ein – aus moderner Sicht – noch zu einfaches Verständnis des Gesetzes und seiner Anwendung zugrunde.

⁴⁰ Statutum Lithuaniae VI, 3: „Elegendi per officiales in districtibus singulis duo nobiles, iudicaturi cum vicesgerentibus eorum“; ohne diese Beisitzer darf ein Urteil nicht gefällt werden.

⁴¹ Statutum Lithuaniae VI, 5: „... ad compescendum et restringendum iniurias, que solent fieri nobilitati a baronibus aut ab officialibus nostris ...“

vorzustellen haben. Weigert sich der Schuldige, soll der Kläger den Großherzog oder in dessen Abwesenheit seine Räte anrufen.⁴² Untertanen von Herzögen und Baronen sind wegen ihrer Missetaten von ihren Herren zu richten, es sei denn, diese blieben trotz mehrmaliger Aufforderung untätig. In solchen Fällen der Rechtsverweigerung ist der Täter vor das für ihn zuständige Distriktsgericht zu stellen.⁴³

Es ist im Rahmen der vorliegenden Überlegungen nicht möglich, alle Aspekte zu erwähnen oder zu systematisieren, die im Statut dazu dienen, den Rechtsschutz zu perfektionieren. Dass dies aber ein vorrangiges Ziel des Gesetzes ist, scheint mir gewiss. Und es handelt sich um ein politisches Anliegen, dem weniger ständische oder soziale Motive im strengen Sinne des Wortes zugrunde liegen als vielmehr solche staatspolitischer Art. Es geht um die Modernisierung des Gemeinwesens, um seine Transformation in den Bahnen des frühmodernen Obrigkeitsstaates. Dabei waren die spezifischen Probleme der ständischen Gliederung der Gesellschaft allerdings im Blick zu behalten. Diese bildet den sozialen Hintergrund, vor dem die Regelung des Rechtsschutzes zu organisieren und durchzusetzen war, nicht das eigentliche Thema des Statuts. So werden die Stadtbürger verpflichtet, Dorfbewohnern wegen erlittener Verletzungen oder in Totschlagsfällen gerichtlichen Schutz zu gewähren, was wohl heißen sollte, Täter aus dem Kreise der Bürgerschaft vor Gericht zu stellen, obwohl es sich um Angehörige der eigenen sozialen Gruppe handelte, während dem städtischen Gericht die Interessen der Landbevölkerung ferner lagen.⁴⁴ Mit dieser Regelung sollte also eine bestehende soziale Differenz gemildert werden. In anderen Fällen musste eine solche Differenz ernst genommen und die Funktionsfähigkeit des Gerichts in anderer Weise gesichert werden. Ein Beispiel dafür bietet das im Mittelalter weit verbreitete Faktum, dass eine ständisch höher stehende Person das Urteil des Geringeren nicht akzeptiert; die Besetzung der zuständigen Gerichte hatte darauf Rücksicht zu nehmen.⁴⁵

In der mittelalterlichen Gesellschaft, auch noch in den frühmodernen Staaten des 15. und 16. Jahrhunderts, bildete das Gerichtswesen nicht einen beliebigen Zweig der – im übrigen noch kaum entwickelten – Staatsverwaltung, sondern Grundlage und wichtigste Institution der sich allmählich staatlich organisierenden Gesellschaft. Denn das – akzeptierte und funktionierende – Gericht ist allein geeignet, gewaltsame Selbsthilfe einzuschrän-

ken und den innergesellschaftlichen Frieden zu gewährleisten. „Frieden“ ist ein großes Thema der mittelalterlichen Geschichte Europas. Diese Geschichte beginnt bald nach der Christianisierung der Franken im 6. Jahrhundert, erreicht Höhepunkte in der französischen Gottesfriedensbewegung des 10. und 11. Jahrhunderts und in der deutschen Landfriedensbewegung seit dem späten 11. Jahrhundert, um im ausgehenden Mittelalter in den schon erwähnten „ewigen“ innerstaatlichen Frieden einzumünden. Zum Programm dieser – nur im Plural zu begreifenden, weil oft von Fehden unterbrochenen – Frieden gehört von Anfang an der Schutz der Schwachen und Waffenlosen, insbesondere der Witwen und Waisen.⁴⁶ Aus diesem Grunde enthält das litauische Statut von 1529, wie viele andere Gesetze Europas, auch eine Rubrik über das Dotalrecht der Witwen und eine solche über die Vormundschaft für die Waisen, beide an bevorzugter Stelle noch vor der Regelung der Gerichtsbarkeit.⁴⁷ Es handelt sich also nicht um beliebige Ausschnitte aus dem Rechtsgebiet „Familienrecht“, das damals als solches noch nicht systematisch entwickelt worden war. Sieht man genauer hin, dann ist auch zu erkennen, dass den Vorschriften der beiden Rubriken in erster Linie eine Schutzfunktion zukommt. Witwen und Waisen bildeten gefährdete Personengruppen insofern, als sie und ihre Vermögensverhältnisse nicht selten dem Druck und der Begehrlichkeit stärkerer Verwandter ausgesetzt waren. Daraus wiederum entsprang die Gefahr gewalttätiger Konflikte, denen mit einer sorgfältigen gesetzlichen Regelung vorgebeugt werden sollte.

Dem Schutz des Landfriedens dienen vor allem auch die Vorschriften der siebenten Rubrik über Gewalt und Totschlag. An den Anfang dieses Abschnitts hat der Gesetzgeber eine sehr typische Form des Landfriedensbruchs gesetzt, die in deutschen Quellen sogenannte „Heimsuchung“: Wer in das Haus eines anderen gewaltsam in der Absicht eindringt, ihn zu töten, verliert seinen Kopf und dies auch dann, wenn der Angegriffene fliehen konnte. Die Regelung eröffnet freilich auch die Möglichkeit, den Kopf durch eine Vermögensleistung an die Angehörigen des Getöteten auszulösen, ebenso mit mutmaßlich geringeren Beträgen im Falle bloßer Verwundung und wohl auch nach erfolglosem Angriff. Dem fürstlichen Fiskus aber gebührt ein Strafgeld in gleicher Höhe, wodurch der Güterbesitz des Täters – wie der Text andeutet – aufgezehrt werden konnte.⁴⁸ Diese Kombination von härtester Strafdrohung und ersatzweise aufzubringender Vermögensleistung findet sich in europäischen Rechtsquellen sehr häufig und ermöglichte eine flexible Strafpraxis. Bei vollendetem Totschlag konnten die als Ausgleich geforderten Beträge allerdings eine Größenordnung erreichen, die eine Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Täters nach sich zogen, mit

⁴² Statutum Lithaniae VI, 6: *iusticia administrare oder facere ist nach diesem Sprachgebrauch und Rechtsdenken auch auf der innergesellschaftlichen Ebene des Sühneausgleichs der Beteiligten möglich. Vor den Räten hat der Beschuldigte nur zu erscheinen „si vero in ea conuencione iusticia non fuerit facta ...“*

⁴³ Statutum Lithuaniae VI, 9: *„Subditi baronum non, nisi coram suis dominis, conueniendi; secus vero neglegentibus dominis administrare iusticiam. ...“* Die Lesart dieser Bestimmung in der Erstveröffentlichung war zu korrigieren.

⁴⁴ Statutum Lithuaniae VI, 22: Im Falle der Rechtsverweigerung durch die städtischen Richter in solchen Fällen wird diesen der Ersatz des entstandenen Schadens aufgebürdet.

⁴⁵ Statutum Lithuaniae VI, 28: Für die Klagen des Adels sind nur die Gerichte der palatini, marsalci und capitanei zuständig, es sei denn die Parteien können ihren Streit unter sich beilegen.

⁴⁶ Hartmut Hoffmann, *Gottesfriede und Treuga Dei*, Stuttgart 1964; Arno Buschmann und Elmar Wadle (Hrsg.), *Landfrieden. Anspruch und Wirklichkeit*, Paderborn 2002; Horst Carl, *Landfrieden*, in: HRG, 2. Aufl., Bd. III, Sp. 483-505.

⁴⁷ Statutum Lithuaniae IV: *„De iure dotis et dotalicy“*; V: *„De tutela et tutoribus pupillorum“*.

⁴⁸ Statutum Lithuaniae VII, 1: *„Inuadens violenter domum alterius ammittit collum et de bonis eius compensa et mulcta“*.

heute üblichen Geldstrafen also nicht vergleichbar sind. Das heißt zugleich, dass dem vermögenslosen Täter kaum ein Ausweg offenstand, der peinlichen Strafe zu entgehen – sofern man ihm bei geringeren Delikten nicht gestattete, seine Schuld abzarbeiten.⁴⁹ Da die Vermögensleistungen in der Regel zwischen den beteiligten Familien auszuhandeln waren, sieht das litauische Statut konsequenterweise diese Möglichkeit für die Tötung nächster Familienangehöriger nicht vor, was auch der schwerwiegende Unrechtsgehalt solcher Taten nahegelegt.⁵⁰ Floh der Totschläger aus dem Lande, fiel nicht nur sein Vermögen an die Angehörigen des Opfers und den Fiskus. Er selbst verfiel der Proskription, also der in der mittelalterlichen Gesellschaft allgemein bekannten Acht mit der Folge, dass er – wie es im deutschen Sprachgebrauch anschaulich hieß – als „vogelfrei“ galt, somit von jedermann sanktionslos getötet werden konnte.⁵¹ Auch diese Regelung entsprach ganz und gar dem europäischen Standard jener Zeit. Ähnliches gilt für andere Vorschriften dieser Rubrik, so zum Beispiel auch für die Todesstrafe bei sexueller Gewalt gegenüber Frauen, welchen Standes der Täter auch sei.⁵²

Schließlich gehören auch die in der elften und zwölften Rubrik geregelten, heute zum Teil befremdlich anmutenden Kompensationsleistungen in einem weiteren Sinne zur Politik des Herrschers, Gewalt zu unterbinden und Frieden zu sichern. Wenn für die Tötung von Knechten und anderen untertänigen Personen verschiedene Geldbußen festgelegt werden⁵³, ganz ähnlich wie für den Raub von Waffen oder Vieh⁵⁴, dann soll damit dem Geschädigten ein Ausgleich verschafft werden, der ihn von Racheakten oder anderen Selbsthilfeaktionen abhält. Daher gehörte die Einführung gesetzlich fixierter Ausgleichsbeträge für Verletzungshandlungen aller Art zu den ersten Maßnahmen der protostaatlichen Herr-

schaftsgebilde des frühen Mittelalters, als es darum ging, den gerichtlichen Austrag von Konflikten in der Gesellschaft durchzusetzen. Später hat die Landfriedenspolitik der europäischen Monarchen zwar mehr und mehr auf die Abschreckungswirkung blutiger Strafen gesetzt, um die kriminelle Gewalt in der Gesellschaft einzudämmen. Auch das litauische Statut droht dem Dieb mit dem Galgen, sofern es sich bei der Tat nicht um eine einmalige Bagatelle gehandelt hat.⁵⁵ Doch daneben behielt für andere Delikte die Kompensation durch Vermögensleistungen ihre Bedeutung jedenfalls für die wirtschaftlich abgesicherten Kreise der Gesellschaft.

III. Die Frage nach den rechtsgeschichtlichen Wurzeln des Statuts:

Gelehrtes Recht, einheimische Rechtsgewohnheiten, magdeburgisches Recht

Form und Inhalt des litauischen Statuts von 1529, jedenfalls seiner lateinischen Fassung, sind ohne den Hintergrund der gelehrten Jurisprudenz, wie sie sich im okzidentalen Europa seit dem 12. Jahrhundert entwickelt hat, undenkbar.⁵⁶ Ausgehend vom Studium an den ersten Universitäten in Oberitalien und Südfrankreich, haben sich die Kleriker der Dom- und Stiftskirchen auf der Grundlage der kirchlichen Rechtssammlungen – des Dekrets Gratians und der Dekretalen Gregor IX. – und mit Hilfe des römischen Rechts ein intellektuelles Rechtsdenken angeeignet, das sich zunehmend von der traditionellen, gewohnheitsrechtlichen Rechtspraxis in Stadt und Land entfernte. Abstraktion und Reduktion komplexer Lebenssachverhalte auf wenige begriffliche Gemeinsamkeiten waren – und sind bis heute – die Kennzeichen der jetzt entstehenden Jurisprudenz, die sich in einem umfangreichen gelehrten Schrifttum niederschlug. Derart ausgebildete Juristen standen seit den Universitätsgründungen von Prag, Krakau und Wien in der Mitte des 14. Jahrhunderts und vollends seit der 1386 mit Heidelberg einsetzenden Welle von Universitätsgründungen im römisch-deutschen Reich auch nördlich der Alpen zur Verfügung. Noch lange finden diese Gelehrten ihr Auskommen als Angehörige hoch dotierter Dignitäten und Kanonikate der Kollegiatkirchen.⁵⁷ Aber zugleich dienen sie an Königs- und Fürstenhöfen als Vorsteher der Kanzlei, in diplomatischen Missionen und

⁴⁹ Vgl. die exemplarische Studie von Peter Schuster, Eine Stadt vor Gericht. Recht und Alltag im spätmittelalterlichen Konstanz, Paderborn 2000; Ekkehard Kaufmann, Sühne, Sühneverträge, in: HRG, 1. Aufl., Bd. 5, Sp. 72-76; ferner die Auswahlbibliographie neuerer europäischer Literatur zur Geschichte des Strafrechts bei Dietmar Willoweit (Hrsg.), Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandaufnahme eines europäischen Forschungsproblems, Köln 1999, S. 13ff. (Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas, hrsg. von Klaus Lüderssen, Klaus Schreiner, Rolf Sprandel und Dietmar Willoweit. Symposien und Synthesen Bd.1).

⁵⁰ Statutum Lithuaniae VII, 14: „Is, qui genitorem occiderit suum aut matrem, collum ammittit et honorem.“ VII, 15 sieht die dieselbe Sanktion für den Geschwistermord vor und entzieht dem Täter – und damit seinen Abkömmlingen – wegen zu vermutender Bereicherungsabsicht auch seinen Besitz.

⁵¹ Statutum Lithuaniae VII, 3: „... Et occisor proscibatur de terra, quem, cum redierit, si aliquis occiderit, tunc nichil soluet pro capite eius, nec penam in curret ullam.“

⁵² Statutum Lithuaniae VII, 6: Die Todesstrafe wird nicht nur für den Fall des – im deutschen Recht so genannten – „Gerüftes“ angedroht, wenn also „ipsa violata (mulier vel virgo) violenciam post factum proclamauerit et hominibus, qui accurrerint, signa violencie ostenderit“ und das Opfer mit zwei oder drei Zeugen Klage erhebt und den Sachverhalt beschwört. Auch wenn die Verletzte zu einer so spontanen Reaktion nicht in der Lage ist, sondern „postquam fuerit eliberata“ andere informiert und mit diesen Zeugen Klage erhebt, ist dieselbe Strafe fällig.

⁵³ Statutum Lithuaniae XI: „De capitibus et compensacionibus plebeorum et illiberorum“, insbes. XI, 1-4.

⁵⁴ Statutum Lithuaniae XII: „De rapinis seu spoliis et compensacionibus eorum.“

⁵⁵ Statutum Lithuaniae XIII, 1 und öfters unter dieser Rubrik „De furtis“. Die Wiederholungstat und schon die wiederholte Beschuldigung spielt eine entscheidende Rolle. Nach XIII, 7-9 kann sich der – ohne Diebesgut angetroffene – unbescholtene Adelige bei einer ersten Beschuldigung mit seinem Reinigungseid verteidigen, bei wiederholtem Diebstahlsvorwurf mit zwei Eideshelfern gleichen Standes, nach einer dritten Verdächtigung aber nur mit sechs solchen Mitschwörenden. Eine vierte Beschuldigung hat seine Behandlung als Dieb zur Folge.

⁵⁶ Grundlegend heute Harold J. Berman, Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition, 1983, deutsch unter dem Titel: Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1991; vgl. für das Reich ferner Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage, Göttingen 1967, S. 96ff.

⁵⁷ Vgl. dazu die Beiträge bei Rainer Christoph Schwinges (Hrsg.), Gelehrte im Reich. Zur Sozial- und Wirkungsgeschichte akademischer Eliten des 14. bis 16. Jahrhunderts, Berlin 1996 (ZfH Beih. 18) m. w. Nachw.; Willoweit, Verfassungsgeschichte (Anm. 37), § 18 Rn. 1.

als Räte, die an Entscheidungen politischer und rechtlicher Art beteiligt sind. Und so beginnen sie, spätestens seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts Einfluss auf die Neuordnung des einheimischen Rechts und damit die Gesetzgebung zu nehmen. Juristen mussten aufgrund der von ihnen erlernten Methoden nicht unbedingt die Rechtssätze des kanonischen und römischen Rechts eins zu eins in die politische Praxis umsetzen. Sie waren flexibel genug, um auch einheimisches Recht in ihrer Weise verarbeiten zu können. Aber Juristen benötigten ein schriftlich ausformuliertes Recht, das ihren Vorstellungen eines abstrakt-begrifflichen Rechtsdenkens entsprach.

So erklärt es sich, das mit dem ausgehenden Mittelalter in Europa mehr und mehr große Gesetzeswerke entstanden sind, welche die Handschrift gelehrter Juristen verraten. In Ostmitteleuropa gehören dazu insbesondere das polnische Statutum Laskiego von 1506 und das ungarische Opus Tripartitum von 1514.⁵⁸ Beide Gesetze dokumentieren eine unumgehbare Konsequenz juristischer Unterscheidungskunst: die Systematisierung des Rechtsstoffes. Anders als die älteren Rechtssammlungen einheimischer Honoratioren, Skandinaviens etwa oder des Sachsenspiegels, versuchen die juristisch gebildeten Gesetzesredaktoren die zu normierenden Tatbestände systematisch zu ordnen und jeweils Zusammengehöriges unter einem gemeinsamen Rubrum zu regeln. Aus heutiger Sicht erscheint die Notwendigkeit einer solchen Bearbeitung selbstverständlich und banal. Wie schwierig diese Aufgabe für die Zeitgenossen aber gewesen ist, zeigt ein Blick auf die Rubriken des polnischen und des ungarischen Statuts. Zwar hatte man für die Entwicklung solcher Systematiken Vorbilder im römischen und im kanonischen Recht. Aber diese passten auf die aktuell zu regelnden Fragen nicht. So lag es immer noch näher, sich auf die wirklich regelungsbedürftigen Angelegenheiten zu konzentrieren, was der Systematik nicht guttat. Das Statutum Laskiego beginnt mit einer prozessrechtlichen Regelung, behandelt dann verschiedene königliche Amtsträger, gerichtliche Angelegenheiten, danach die Pfändung, anschließend den Friedensbruch durch Eindringen in ein fremdes Haus, Probleme der Bürger und Kaufleute und weitere Einzelfragen, wie den Totschlag unter Rittern, die Zinsen der Juden, endlich auch die Waisen – um nur einige Rubriken dieses Gesetzes zu nennen.⁵⁹ Das Gesetz ist eher ein Zeugnis humanisti-

scher Gelehrsamkeit als zielgerichteter Rechtspolitik. Am ungarischen Opus Tripartitum dagegen haben Juristen gearbeitet, die sich viel strenger an den Erfordernissen juristischer Systembildung orientiert haben. Das Gesetz beginnt mit einer Rubrik *De iustitia* und fährt dann fort mit Abschnitten über das Recht überhaupt und seine Einteilungen, über den Unterschied zwischen Naturrecht und Zivilrecht, über das Militärrecht, Gesetzesdefinitionen, Stadtrechte, über Fragen des Gewohnheitsrechts und die Gerichtsbarkeit.⁶⁰

Im Vergleich zu diesen Gesetzen ist dem litauischen Statut von 1529 ein nochmals fortgeschrittenes Systematisierungskonzept zu bescheinigen. Zwar fehlen hier Normen über jene abstrakten Rechtsbegriffe, die dem ungarischen Gesetz den Charakter eines hochgelehrten Traktats verleihen. Dafür ist im litauischen Statut der rechtspolitische Regelungswille wesentlich ausgeprägter und die Praxisnähe größer. Die gleichfalls juristisch gebildeten, wohl aus der Universität Krakau hervorgegangenen Redaktoren dieses Gesetzes unter der Aufsicht des Kanzlers Albertas Gostautas⁶¹ hatten offenbar schon die Absicht, möglichst alle gesellschaftlich relevanten Rechtsfragen zu regeln, soweit dies erforderlich schien.⁶²

De pignoracione,

Qui invadit domum alterius manu volenta et vulneratur et alios vulnerat in domo,

De civibus vel mercatoribus aliquid in mutuum dantibus terrigenis,

De praescriptione hereditatis petente,

De milite qui occidit militem,

De usuris Judeorum,

De tutoribus ophanorum,

De obligationibus.

⁶⁰ Auch aus dem Opus Tripartitum von 1517 seien einige Rubriken mitgeteilt:

De iustitia,

De iure et devisionibus iuris,

Quomodo differunt ius naturale ... et ius civile,

De iure militare,

De diffinitionibus legis,

De statuto et municipali iure,

Quid sit consuetudo et que sunt necessaria ad consuetudinem firmandam,

Quomodo differt lex a consuetudine,

De lege et statuto ac consuetudine contraria quid sentendum,

Quid sit iudex, quid iudicium, quid causa, quid actor et reus.

⁶¹ Gudavicius (Anm. 3), S. 24f.

⁶² Zum Vergleich sei die vollständige Liste der dreizehn Rubriken des litauischen Statuts von 1529 eingefügt:

De hijs, que principi proprius accedere videntur

De re bellica et militari

De manu tenendo corpore magniducatus et de libertatibus nobilitatis

De iure dotis et dotalicy

De tutela et tutoribus pupillorum

De iudicibus et iurisdicione eorum

De violencijs et homicidijs

De processu iuridiciario super fundis eorumque limitibus

De siluis, venacionibus et mellificijs

De bonis acquisitis, que debitis aut excessibus domini sui prioris fuerint obnoxia

De capitibus et compensacionibus plebeorum et illiberorum

⁵⁸ *Commune incliti Polonie Regni privilegium constitutionum et indultum publicitus decretorum approbatorumque*, Cracovie 1506 (« Statutum Laskiego »); *Tripartitum opus iuris consuetudinarii incliti regni Hungarie*, Wien 1517.

⁵⁹ Zur Erleichterung des Vergleichs seien hier einige der Rubriken des Statutum Laskiego von 1506 aufgeführt:

Instructio ad conversationum terminorum ac ad processum executionis iudicatorum,

De extensione brachii regalis per Capitaneos,

De Scultetis tam spiritualibus quam secularium personarum ad bellum iuris,

De iudicibus Pallatorum,

De advocatis, procuratoribus,

De iudicibus cuiuslibet terre ad curiam Regis venturis,

Quibus in locis debent iudicia celebrari,

Wir dürfen ja davon ausgehen, dass viele rechtliche Beziehungen des alltäglichen Lebens einer ausdrücklichen Normierung nicht bedurften, weil sie problemlos funktionierten, wie etwa die täglichen Kaufgeschäfte, Dienstleistungen usw. Lassen wir solche Vorgänge außer Betracht, dann wird deutlich, wie konzentriert und logisch das Statut jene Fragenkreise regelt, die für den Herrscher im Zentrum seines politischen Interesses standen. Das ist nicht nur für die ersten drei Rubriken evident, sondern auch, wie schon ausgeführt, für den Schutz der Witwen und Waisen, für die Rubriken über das Gerichtswesen, über Gewalttaten und Grundstückssachen im weitesten Sinne. Im Vergleich mit dem Heiligen Römischen Reich deutscher Nation vermittelt das litauische Statut von 1529 den Eindruck einer straffen Staatsorganisation, wie sie in Deutschland angesichts der Delegation politischer Herrschaftsmacht auf eine Vielzahl territorialer Obrigkeiten nicht möglich war. Hier wurden die einschlägigen Fragen in verschiedenen territorialen Gesetzen, zum Teil auch in solchen des Reiches geregelt, zum Teil aber noch nach ungeschriebener Gewohnheit behandelt, wie das Militärwesen, der Wald und die Jagd.

Der Einfluss bestimmter Rechtssätze des gelehrten, römischen und kanonischen, Rechts auf den Inhalt des litauischen Statuts ist bisher nicht umfassend erforscht, an mehreren Details jedoch leicht erkennbar. Zu diesen gehören zunächst die beiden Rubriken über das Dotalrecht der Witwen und die Vormundschaft, wenn sie auch in den Einzelheiten erheblich vom römischen Vorbild abweichen und einheimische Gewohnheiten aufgreifen mögen. Römisch-rechtlicher Herkunft ist das – seit dem Hochmittelalter in Europa allerdings schon weit verbreitete – Testamentsrecht⁶³ und die zehnjährige Ersitzungsfrist für den Erwerb fremder Sachen.⁶⁴ Das kanonische Recht hatte schon seit langem Juden verboten, christliche Sklaven zu halten. Das Statut greift dieses Verbot auf und dehnt es auf die Tartaren aus, was dem Zweck der Norm durchaus entsprach.⁶⁵ Ein weiteres eindrucksvolles Beispiel für die gelehrte Bildung der Gesetzesredaktoren bietet die Rechtfertigung der Sklaverei auch noch an der Schwelle zur Neuzeit. Aus vier Gründen könne ein Mensch Sklave sein: Weil er von einer Sklavin geboren wurde, in Kriegsgefangenschaft geraten ist, nach einem Todesurteil begnadigt wurde oder seine Freiheit selbst veräußert hat.⁶⁶ Diese Überlegungen sind in der Konfrontation naturrechtlichen Denkens, das von der Gleichheit aller Menschen ausgehen musste, mit der sozialen Realität entstanden. Es schien zu überzeugen, dass

Sklaverei gegenüber dem Verlust des Lebens im Kriege oder durch Hinrichtung ein weitaus geringeres Übel darstellte und daher als rechtmäßig zu akzeptieren war, Umstände, die sich auf den Nachwuchs vererbten. Erst recht aber war man bereit, den eigenen Willen, auf die Freiheit zu verzichten, zu respektieren. Noch in der naturrechtlichen Literatur des 16. und 17. Jahrhunderts begegnen Gedankengänge dieser Art.⁶⁷

Ist danach auch nicht zu bezweifeln, dass die Entstehung des litauischen Statuts in die intellektuelle Welt Europas in frühmoderner Zeit eingebettet ist, so stellt sich doch die Frage, ob und in welchem Umfang Rechtsgewohnheiten Litauens in diesem Gesetz, das so eingehend die Lebensverhältnisse des Landes gestaltete, Berücksichtigung gefunden haben. Mehrfach nimmt das Gesetz ausdrücklich auf die alten Gewohnheiten Bezug. Schon die vom Herrscher im ersten Kapitel der ersten Rubrik versprochene Aufrechterhaltung alter Rechte kann und muss wohl dahin verstanden werden, dass jedenfalls alle nicht im Statut vorkommenden Angelegenheiten nach den bis dahin beobachteten Regeln behandelt werden. Die sich darüber hinaus aufdrängende Vermutung, es könnte auch an einen Vorrang privilegierter Rechtspositionen gegenüber dem Statut gedacht sein, lässt sich an Hand des Gesetzestextes allein nicht entscheiden.⁶⁸ Näheres über alte Rechtsgewohnheiten erfahren wir zunächst dort, wo der Fürst die Erleichterung der den kmetones auferlegten Lasten anordnet. Denn die rechtmäßigen *consuetudines vetustas* sollen erhalten bleiben, wie etwa die Hilfe bei der Instandsetzung alter Brücken, Burgen und Straßen, die Errichtung neuer Gebäude an alten Orten, die Bereithaltung von Unterkünften und die Versorgung von großherzoglichen Boten, wo dies seit altersher üblich ist.⁶⁹ Nach alter Gewohnheit sollen die Ämter in Vilnius, Trakai und anderswo wahrgenommen werden, außer, das *ius scriptum* ist zu befolgen.⁷⁰ Und die im Statut für Adlige vorgesehene Buße beträgt zwölf *sicla*, gleichfalls nach schon bestehender *consuetudo iuris*.⁷¹ Die Mitwirkung der Räte an der Gesetzgebung dient auch dem Ziel, die herkömmlichen Rechtsgewohnheiten zu schützen.⁷² Nach diesen aber haben sich die Richter generell dann zu richten, wenn das Statut den zu entscheidenden Fall nicht geregelt hat.⁷³ Wie anders nicht denkbar, hat es in Litauen natürlich auch schon vor dem Statut von 1529 eine überwiegend auf Gewohnheit und Herkommen beruhende Rechtsordnung gegeben, die hier und da durch den Text hin-

De rapinis seu spolijs et compensacionibus eorum

De furtis

⁶³ Statutum Lithuaniae V, 15: „Testamentum super rebus suis concedere licet unicuique ...“, ausgenommen Mündel, Ordensangehörige, nicht emanzipierte Söhne, Demente, Häretiker, Unfreie. V, 16 schreibt hinsichtlich der Form die Mitwirkung von Priestern oder anderen vertrauenswürdigen Personen oder eines Notars vor.

⁶⁴ Statutum Lithuaniae X, 1: „Emptor bonorum prescripcione decenni redditur immunis ab obligationibus eorum prioribus.“

⁶⁵ Statutum Lithuaniae XI, 5. Die Vorschrift erklärt solche Rechtsverhältnisse nicht schlechthin für nichtig, sondern begrenzt sie zeitlich.

⁶⁶ Statutum Lithuaniae XI, 12. Auch die Eheschließung eines freien Menschen, Mann oder Frau, mit einer unfreien Person, hat seine und seiner Nachkommen Unfreiheit zur Folge.

⁶⁷ Zum Beispiel Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium libri octo*, Londini Scanorum (Lund) 1672, Lib. VI Cap. III §§ 4-11.

⁶⁸ Vgl. o. Anm. 28.

⁶⁹ Statutum Lithuaniae I, 22 nennt eine Reihe von nunmehr aufgehobenen Abgaben und Fronen, um dann fortzufahren: „Volumus tamen reservare integre consuetudines vetustas ...“

⁷⁰ Statutum Lithuaniae III, 4: „Debent officiales ... iudicare et regere et ministeriales suos ... uti secundum antiquam consuetudinem; nisi iudicare debent eo iure scripto.“

⁷¹ Statutum Lithuaniae III, 14: Zur *consuetudo iuris* gehört auch, dass der gemeine Mann oder Bürger, der einem Adligen blutige Wunden zufügt, seine Hand verliert.

⁷² Vgl. o. Anm. 26.

⁷³ Statutum Lithuaniae VI, 1 a. E.: „Et qui casus in hijs iuribus defuerint, tunc debent casus illi iudicari secundum antiquam consuetudinem ...“

durchschimmert. In einigen Fällen ordnet das Statut sogar ausdrücklich an, dass ein Konflikt iuxta consuetudinem antiquam entschieden werden solle und es lässt auch erkennen, wie wir uns ein solches Verfahren vorzustellen haben. Wenn ein Kmethone – ein unfreier Bauer – dem anderen ein Unrecht tut, ihn sogar tötet, dann soll der Herr des Opfers zum Herrn des Täters schicken, damit er das Recht wiederherstelle, also in einer nicht näher erläuterten Weise – durch Bestrafung oder Zahlung – Genugtuung leiste.⁷⁴ Nach alter Gewohnheit Recht verschaffen, heißt hier also, in einer zweiseitigen Vereinbarung festlegen, was der Täter oder sein Herr als Sühne zu tun oder zu erleiden haben. Eine ähnliche Möglichkeit ist uns schon früher in der siebenten Rubrik über Gewalt und Totschlag begegnet.⁷⁵ Wenn es daher an anderer Stelle für den Fall einer besonders dringlichen Konfliktsituation heißt, es solle nach alter Gewohnheit verfahren werden bis der Herrscher mit seinen Räten eingreifen könne⁷⁶, dann dürfte ein ähnlicher Weg einvernehmlicher Streitbeilegung gemeint sein. Alter Gewohnheit entsprach es schließlich auch, sein Recht am Grundbesitz durch geeignete Zeugen, Nachbarn oder Dokumente auch ohne Eid zu beweisen, während dem Gegner der Rechtsweg offen stand.⁷⁷ Auch hier meint der Hinweis auf die alte Gewohnheit also einen weniger förmlich geregelten Weg der Konfliktbeilegung.

Damit stellt sich als letzte Frage die nach einem möglichen Einfluss des Magdeburger Rechts auf das Prozessrecht des Statuts. Denn dieses sieht zum Teil formelle Beweismittel vor, die denen des sächsischen Rechtskreises sehr ähneln. Zwar kennt das Statut – an der Schwelle zur Neuzeit nicht weiter erstaunlich – auch den Tatsachenbeweis, etwa durch Tatzeugen oder Augenschein. Solche Beweismittel sind gemeint, wenn das Gesetz von einem *testimonium fidedignum*⁷⁸, von einem „gesetzlichen“⁷⁹ oder „genügenden“ Beweis⁸⁰ spricht und diesen jeweils klar von jener anderen, formellen Möglichkeit, zu einer Entscheidung des Rechtsstreits zu gelangen, unterscheidet – dem Eid. Das Statut kennt den im Prozess zu leistenden Eid sowohl als Reinigungs- wie auch als Überführungseid. Beide Eidesformen, die in dem aus dem ersten Drittel des 13. Jahrhunderts stammenden Sachsenspiegel eine zentrale Rolle spielen, kommen mehrfach auch im litauischen Statut vor. Wer eine erlittene Gewalttat nicht beweisen kann, aber ihre Spu-

ren an sich trägt, darf mit seinem Eid den Verdächtigen überführen, es sei denn, dieser bietet energisch seinen Eid an und der Kläger möchte nicht schwören; dann kann sich der Beschuldigte mit seinem Eid vom Verdacht reinigen.⁸¹ Der eines Diebstahls beschuldigte Adlige darf sich durch seinen Eid reinigen und dies allein, wenn der Vorwurf zum ersten Mal erhoben wurde, aber nicht bewiesen werden konnte. Erhebt jemand erneut die Diebstahlsklage, benötigt der Beschuldigte für seinen Reinigungs Eid zwei Eideshelfer guten Rufes, im Falle einer dritten Klage sogar sechs solche Personen. Die vierte Beschuldigung aber zieht die Bestrafung als Dieb nach sich.⁸² Der Prozess hatte im Mittelalter in erster Linie die Funktion, einen Streit zu beenden und den Rechtsfrieden wiederherzustellen. Nicht die empirische Ermittlung der materiellen Wahrheit stand im Vordergrund, sondern die Beantwortung der Frage, wessen Rechtsbehauptung der Vorzug zu geben war. Derjenige, dessen Rechtsposition nach Sachlage als die wahrscheinlichere erschien, wurde zur Eidesleistung zugelassen. Der Eid taugte als Grundlage der zu treffenden Entscheidung aber deshalb, weil ihn die Menschen des Mittelalters als eine bedingte Selbstverfluchung begriffen. Der Schwörende ruft selbst die Strafe der ewigen Verdammnis auf sich herab, wenn er den Eid leistet, obwohl er Unrecht hat. In einer von christlichem Denken beherrschten Gesellschaft kommt dem Eid also eine wichtige Ordnungsfunktion zu.⁸³ Ob für die am Anfang des 16. Jahrhunderts im einfachen Volk sicher noch lebendigen Überlieferungen der litauischen Naturreligion dasselbe gilt, ist ungewiss, aber zu vermuten. Denn Verfluchungen wie auch Segnungen im Rahmen magischer Rituale dürften damals generell bekannt gewesen oder doch verstanden worden sein.

Das Nebeneinander und Zusammenspiel von Reinigungs- und Überführungseiden ist ein charakteristisches Merkmal des sächsisch-magdeburgischen Rechts – womit jedoch nicht behauptet werden soll, dass es den Eid nicht auch im Prozess anderer alter Rechtsordnungen gegeben hat. Doch handelt es sich in den dazu bekannten osteuropäischen Quellen um relativ einfache Fallgestaltungen.⁸⁴ Anders in dem hier interessierenden litau-

⁷⁴ Statutum Lithuaniae VI, 4 regelt Klagen unter Adeligen und hier den im Text erwähnten Fall mit der einleitenden Bemerkung: „Pro alijs vero rebus procedendum erit iuxta antiquam consuetudinem ...“

⁷⁵ Vgl. o. den Text zu Anm. 48 und Anm. 42.

⁷⁶ Statutum Lithuaniae VI, 6: Grundsätzlich sind die „iura hec scripta“ zugrunde zu legen. Doch „in casibus vero emergentibus, quorum decisio ex iuribus hijs elici nequeat, procedent iuxta consuetudinem antiquam ...“

⁷⁷ Statutum Lithuaniae VIII, 2: „... secundum antiquam consuetudinem terrestrem ...“

⁷⁸ Statutum Lithuaniae VII, 17: „Agens pro violencia testimonio fidedigno conuicit ...“

⁷⁹ Statutum Lithuaniae VII, 8: Wenn der Kläger die Tötung eines Adeligen nicht mit „probacionem legitimum“ nachweisen kann, darf er das selbdrift mit zwei adeligen Eideshelfern.

⁸⁰ Statutum Lithuaniae VII, 12: Wie im vorigen Fall ist auch bei einem Tötungsdelikt unter nahen Verwandten zu verfahren, wenn den Klägern eine „probacionem sufficientem“ nicht gelingt.

⁸¹ Statutum Lithuaniae VII, 17: „... Et si testimonio caruerit, sed essent signa violencie, tunc utique ipse proprius erit ad conuicendum citatum iuramento suo; nisi forte detulerit iuramento citati et ipse actor iurare noluerit, tunc tenebitur citatus iuramento se a violencie facinore expurgare.“ Eine etwas abweichende englische Übersetzung in Lietuvas Statutas (Anm. 1), S. 109.

⁸² Vgl. o. Anm. 55.

⁸³ Peter Oestmann, Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren, Köln 2015, S. 71ff.; Dietlinde Munzel-Everling, , Eid, in: HRG, 2. Aufl., Bd. I, Sp. 1249-1261; Jürgen Weitzel, Eideshelfer, ebda. Sp. 1261-1262; Julius Wilhelm Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen, Bd. 1 – 2, Braunschweig 1879; zur grundsätzlichen Bedeutung des Eides im Mittelalter Paolo Prodi, Il sacramento del potere, Bologna 1992, deutsch unter dem Titel: Das Sakrament der Herrschaft. Der politische Eid in der Verfassungsgeschichte des Okzidents, Berlin 1997, S. 141ff.

⁸⁴ In den verschiedenen Fassungen der Russkaja Pravda aus dem 11. und 12. Jahrhundert – als vom Einfluss Magdeburger Rechts noch keine Rede sein konnte – kommen Prozesseide sowohl des Klägers wie des Beklagten mehrfach vor, vgl. Günter Baranowski, Die Russkaja Pravda – ein mittelalterliches Rechtsdenkmal, Frankfurt a. M. 2005, S. 14 Ziff. 10, S. 21 Ziff. 22, S. 22 Ziff. 31, S. 25 Ziff. 47, u. 48, S. 26 Ziff. 52, S. 36 Ziff. 118, S. 38 Ziff. 9, S. 39 Ziff. 15, S. 43

ischen Gesetz, das auch Situationen komplexer Art zu beherrschen versucht. Ein genauerer Vergleich würde wohl die nahe Verwandtschaft der Regelungen des litauischen Statuts mit denen des ausgedehnten magdeburgischen Rechtskreises nachweisen können. Hier wie dort ging es darum, zu ermitteln, welche Partei „näher“ am Eide war, so dass sie und nicht die andere Seite schwören durfte. Das Statut thematisiert mehrfach diese Frage nach dem *proprior* ausdrücklich.⁸⁵ In seinem bis heute maßgebenden Standardwerk über das Gerichtsverfahren nach sächsischem Recht hat Julius Wilhelm Planck dem „Streit über das Nähersein“ ein eindringliches Kapitel gewidmet⁸⁶, aus dem hier nur einige wesentliche Gedanken mitgeteilt seien. Stehen sich einander ausschließende Rechtsbehauptungen gegenüber, geht das mittelalterliche Prozessrecht grundsätzlich davon aus, dass sich zunächst die angegriffene Partei, also der Beklagte, verteidigen darf. Denn er soll scheinbar etwas verlieren. Aus dieser Gefahr resultiert der Vorrang des Reinigungseides. Aber der Schein kann trügen. Es könnte sein, dass in Wahrheit der Kläger der Anzugreifende ist, dass dafür auch Umstände sprechen, die das Gericht auch selbst zur Kenntnis nehmen kann. In dieser Lage, in der wahrscheinlich der Kläger das Recht auf seiner Seite hat, wäre es widersinnig, dem Beklagten die Möglichkeit einzuräumen, mit einem Eid die Abweisung der Klage herbeizuführen. Das Beweisrecht kehrt sich nunmehr also um: der Kläger darf den Beklagten durch seinen Eid überführen. Diese Situation kann sich im Laufe eines Prozesses ergeben. Es kann aber auch schon der Gesetzgeber Regelungen für typische Situationen dieser Art vorsehen.

Das litauische Statut von 1529 weist dem Überführungseid in der siebenten Rubrik über Gewalttaten und Totschläge wichtige Funktionen zu. Nachdem im ersten Kapitel die Todesstrafe für das gewaltsame Eindringen in ein fremdes Haus festgesetzt worden war⁸⁷, regelt das folgende Kapitel den Beweis: leugnet der Täter, so kann er sich durch einen Eid nicht von der erhobenen Beschuldigung reinigen, sondern das Opfer hat das Recht, ihn mit einem selbdrift geleisteten Eid zu überführen, wobei die beiden Eideshelfer der Familie oder dem Hauspersonal angehören müssen.⁸⁸ Tötet oder verletzt der Angegriffene den Angreifer, so steht ihm die Möglichkeit offen, mit denselben Eideshelfern gleichfalls selbdrift zu schwören, dass er sich in Abwehr einer Gewalttat verteidigte⁸⁹, mag es sich bei dem Angreifer auch um einen Adligen gehandelt haben.⁹⁰ In diesen Fällen einer Verletzung oder Tö-

tung des Angreifers ist es dem Angegriffenen also gestattet, einen Reinigungseid zu leisten. Die Richtigkeit des danach zu fällenden Urteils ist durch die Umstände des Falles weitestgehend gewährleistet, da sich der Vorgang auf dem Anwesen des Angegriffenen abgespielt haben muss und die Eideshelfer zum Schwur nur bereit sein werden, wenn sie entweder eigene Wahrnehmungen gemacht haben oder der Behauptung des Angegriffenen glauben vertrauen zu können. Der Überführungseid ist auch einer Frau gestattet, die Opfer sexueller Gewalt geworden ist. Von ihr erwartet man jedoch, dass sie nach dem Geschehnis Hilfe herbeiruft und Anzeichen der Gewalt vorweist, was zwei oder drei Personen bezeugen sollen. Selbst die noch nachträglich erhobene Klage ist zugelassen.⁹¹ Der Überführungseid verdrängt den Reinigungseid des Beschuldigten auch dann, wenn jemand Klage wegen der Tötung eines Adligen erhebt und ein Tatsachenbeweis nicht erbracht werden kann. Der selbdrift geleistete Überführungseid dreier Adliger genügt zur Verurteilung des Beschuldigten.⁹² Der Beweisvorteil ist hier an die Adelseigenschaft des Klägers geknüpft, dem wiederum eine überlegene Integrität unterstellt wird. Ähnlich regelt das Statut sogar den Fall, dass ein Adliger jemandem an der Straße auflauerte, um ihm Gewalt anzutun, dabei aber selbst getötet wurde. Seine Angehörigen – wahrscheinlich drei – dürfen den Totschläger mit ihrem Eid als den wirklich Schuldigen überführen und dieser muss seinen Kopf mit einer Bußzahlung auslösen. Aber das Gesetz rechnet – angesichts des Sachverhalts verständlicherweise – damit, dass die Angehörigen des Getöteten den Überführungseid nicht leisten wollen. Dann ist der Weg frei für den mit zwei Adligen zu leistenden Reinigungseid des Beschuldigten.⁹³ Generell gilt, dass bei Gewaltdelikten mangels eines ausreichenden Tatsachenbeweises derjenige näher am Eid dran ist, der Verletzungen erlitten hat.⁹⁴ Sind aber beide verletzt, entscheidet das Los, wer als erster zum Eid zuzulassen ist.⁹⁵

Es leuchtet ein, dass Regelungen dieser Art in verschiedener Weise variiert und unterschiedlichen sozialen Verhältnissen angepasst werden konnten. Es muss nicht sein, dass die Redaktoren einzelne Regelungen direkt einem Text des sächsisch-magdeburgischen Rechts entnommen haben, obwohl einige, wie zum Beispiel die Klage der vergewaltigten Frau oder der Ehrverlust des

Ziff. 45 u. 48. Dasselbe gilt für die in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts vollständig vorliegende Rechtsquelle für Pskov, vgl. Günter Baranowski, Die Gerichtsurkunde von Pskov, Frankfurt a. M. 2008, und dort die Zusammenfassung des Autors S. 395f.

⁸⁵ Statutum Lithuaniae VII, 2, 17, 21, vgl. a. 22.

⁸⁶ Planck, Gerichtsverfahren (Anm. 83), Bd. 1 S. 423ff.

⁸⁷ Vgl. o. Anm. 48.

⁸⁸ Statutum Lithuaniae VII, 2: Leugnet der Eindringling die Gewalttat, nachdem das Opfer sie den Nachbarn und der „curia nostra proxima“ offenbart hat, „... tunc ille proprior erit vicinis et visore hoc probare et ... met tercius super eo iurabit.“

⁸⁹ Statutum Lithuaniae VII, 4: „... faciet tamen prius expurgacionem per iuramentum corporale suum ... mettercius ...“ mit seiner Ehefrau, erwachsenen Kindern oder anderen Zeugen.

⁹⁰ Statutum Lithuaniae VII, 5, weil der Täter handelte „...defendens bona sua vel subditos suos ...“

⁹¹ Vgl. o. Anm. 52.

⁹² Statutum Lithuaniae VII, 8: „...et hoc, inculpatus si homicidium negauerit.“ Vgl. a. VII, 12.

⁹³ Statutum Lithuaniae VII, 16. Die sorgfältig redigierte Regelung dieser nicht einfach aufzuklärenden Situation sei hier als ein Beispiel der hoch entwickelten Gesetzgebungskunst des Status vollständig wiedergegeben: „Si aliquis nobilis viam alteri obsiderit, volens eum vlnere, vel spoliare aut occidere et interim ab aliquo illorum, in quos irruit, occisus fuerit, tunc si propinqui ipsius occisi iurauerint, quod ex inicio occiseris sit occisus, debet solui caput eius; si vero propinqui iurare noluerint, tunc occisor iuramento mettercius cum duobus nobilibus, eciam si eius famuli fuerint, se expurgabit, quod defendendo vitam suam occidit illum ex inicio eius; tunc a capite soluendo et a multa erit immunis.“

⁹⁴ Statutum Lithuaniae VII, 17: „... si essen signa violencia ...“ Vgl. a. VII, 21.

⁹⁵ Statutum Lithuaniae VII, 22: „In casu mutue vlnerationis, cum cetera sint paria, mittenda sors super actoreitate.“

begnadigten Verbrechers⁹⁶, stark daran erinnern. Aber das prozessuale Instrumentarium, das der Gesetzgeber im litauischen Statut von 1529 souverän handhabt, legt die Vermutung nahe, dass sich mit der Ausbreitung des Magdeburgischen Rechts im ostmitteleuropäischen Raum ein Reservoir rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gebildet hat, das für aktuelle Aufgaben der Gesetzgebung genutzt werden konnte. Eine nützliche Rechtsfigur in diesem Reservoir dürfte der Eid der Prozessparteien gewesen sein, weil er als solcher – ohne differenzierte Ausgestaltung – wahrscheinlich auch den Litauern schon vor allen kulturellen Kontakten zur abendländischen Welt bekannt gewesen sein dürfte⁹⁷ und daher durch differenzierende Regelungen weiterentwickelt werden konnte. Doch nun verbindet sich der Eid mit christlichem Gedankengut. Nicht zufällig ist am Anfang des Statuts von einem *iudicium publicum „more iuris catholici“* die Rede.⁹⁸ Das Statut hebt auch an einer Stelle, bei der Regelung des Grundstücksprozesses, hervor, nur Christen, nicht aber Juden und Tartaren seien zur Eidesleistung zugelassen.⁹⁹ Möglicherweise haben die Zeitgenossen Elemente des magdeburgischen Rechts als Teil

christlichen Lebens begriffen und deshalb in ihr Rechtsdenken einbezogen.

Alle diese Überlegungen müssen aber Hypothese bleiben, solange die Quellen der einzelnen Normen des Statuts nicht exakt erforscht sind. Eduardas Gudavicius hat auf Übereinstimmungen mit verschiedenen Rechtsüberlieferungen der gelehrten Literatur Polens zum sächsisch-magdeburgischen Recht hingewiesen.¹⁰⁰ Es wäre sehr interessant zu wissen, welche Gesetzestexte und Literatur den Redaktoren des ersten litauischen Statuts tatsächlich zur Verfügung standen.¹⁰¹ Denn die Juristen jener Zeit haben natürlich mit solchen Vorlagen gearbeitet, waren andererseits aber auch befähigt, einheimische Rechtsgewohnheiten in abstrakte Formulierungen zu gießen und unter Berücksichtigung der rechtspolitischen Ziele ihrer fürstlichen Auftraggeber zu systematisieren. Dabei ist selbstverständlich auch die Übersetzungsgararbeit aus der slawischen Kanzleisprache zu bedenken und zu analysieren – eine Problematik, die der Autor der vorstehenden Überlegungen aus sprachlichen Gründen ganz ausklammern musste. Die genauere Kenntnis der dem Statut zugrunde liegenden intellektuellen Gedankenarbeit würde uns tiefere Einblicke in jene Prozesse erlauben, die in der rechtsgeschichtlichen Forschung als Rezeptionen bezeichnet werden. Das litauische Statut von 1529 ist ein hervorragendes Zeugnis dieser für die europäische Geschichte so wichtigen Vorgänge.

⁹⁶ Statutum Lithaniae VII, 29: „... talis est sine honore et locum inter hominis bonos militares non habet, et ammittit priuilegium nobilitare.“

⁹⁷ Weil das ja auch für die benachbarten Russen schon für das 11. und 12. Jahrhundert gilt, vgl. o. Anm. 84.

⁹⁸ Statutum Lithuaniae I, 2.

⁹⁹ Statutum Lithuaniae VIII, 5: „Statuimus, quod testes in causis terrarum ... non debent ad testificandum admitti iudei nec tarthari, sed christiani duntaxat religionis romane aut grece. Et ex hys tamen illi dumtaxat, qui singulis annis apud presbiteros suis confiteantur, venerabile eucharistie sacramentum percipiant et non fuerunt in aliqua suspitione, nec ..., nec ...“ Die engen Voraussetzungen für die Zulassung von Zeugen in Liegenschaftsprozessen legen den Umkehrschluss nahe, dass in anderen Fällen Juden und Tartaren vor Gericht doch als Zeugen akzeptiert wurden.

¹⁰⁰ Gudavicius, A short Survey (Anm. 1), S. 20f.

¹⁰¹ Vgl. Leslaw Pauli, Die polnische Literatur des magdeburger Rechts im 16. Jahrhundert, in: Dietmar Willoweit/Winfried Schich (Hrsg.), Studien zur Geschichte des sächsisch-magdeburgischen Rechts in Deutschland und Polen, Frankfurt a. M. 1980, S.150-162 (Rechtshistorische Reihe Bd.10).

Das römische Recht in der baltischen Kodifikation des Russischen Imperiums: Geltung, Folgen einer Statusänderung und Wirkung

Hesi Siimets-Gross

Im Jahre 1865 trat in den drei Ostseeprovinzen des Russischen Imperiums – Estland, Livland und Curland¹ ein neues Gesetzbuch, das „Liv-, Esth- und Curlaendisches Privatrecht“² (im Folgenden „LECP“) in Kraft. Bis zum Inkrafttreten der neuen Kodifikation haben diese drei Provinzen nach den Unterwerfungskapitulationen der

Provinzen (1710 bzw. 1795) im russischen Imperium eine rechtliche Sonderstellung genossen und haben während der 18-19. Jh die bisherige Rechtsordnung beibehalten.³ In diesem Aufsatz wird folgend analysiert, welcher war der Status des bis dahin gegoltenen Rechts bei diesem vormodernen Sonderfall, was sich von anderen und modernen Kodifikationen unterschieden hat. Ebenfalls, welche Wirkung das in das LECP kodifizierte Recht

¹ Dieser Aufsatz wurde geschrieben mit der Unterstützung der Estnischen Wissenschaftagentur Forschungsgrant IUT20-50. Diese Provinzen umfassen das Territorium der heutigen Staaten Estland und Lettland.

² Provincialrecht der Ostseegouvernements. Dritter Theil. Privatrecht. Liv-, Est- und Curlaendisches Privatrecht. Zusammenge stellt auf Befehl des Herrn und Kaisers Alexander II. St. Petersburg 1864 und parallel wurde die auch die russische Übersetzung veröffentlicht: Svod mestnych uzakonenij gubernij ostzejskich. Čast' tret'ja. Zakony graždanskije [Sammlung der einheimischen Rechte der Ostseegouvernements. Dritter Teil. Zivilgesetze] St. Petersburg 1864.

³ Zu den Kapitulationen näher Luts, Marju. Modernisierung und deren Hemmnisse in den Ostseeprovinzen Est-, Liv- und Kurland im 19. Jahrhundert. – Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Hrsg. T. Giaro. Frankfurt am Main 2006, S. 159 ff. Siehe ebenfalls Sammelband: Brüggemann, Karsten; Laur, Mati; Piirimäe, Pärtel (Hg). Die baltischen Kapitulationen von 1710. = Quellen und Studien zur baltischen Geschichte. Bd 23. Köln/Weimar/Wien, 2014.

– vor allem das römische Recht – für die dem LECP folgenden Gesetzbücher hatte.

I. Der Wechsel von der nichtkodifizierten zum kodifizierten System

Das LECP sollte eine Kodifikation – eigentlich Kompilation – der ostseeprovinziellen Rechte sein, in die das ganze geltende Recht zusammengesammelt werden musste. Das Inkrafttreten einer „Kodifikation“ bedeutete sowohl theoretisch als auch praktisch einen entscheidenden Zäsur für die ganze Rechtsquellenlage.⁴ Vor den modernen Privatrechtskodifikationen galt überall in Europa, die baltischen Ostseeprovinzen des Zarenreichs eingeschlossen, ein Konglomerat der sog. Geschichtlich überkommenen Rechtsquellen, die von zeitgenössischer Rechtswissenschaftler Christoph Christian Dabelow⁵ mit dem Satz „Suchet, so werdet ihr finden“ charakterisiert wurde:

„Das besondere Recht der russischen Ostsee-Provinzen ist eine Mischung aus den heterogensten Quellen. Mag die Vergleichung eines alten Schriftstellers mit einem Topfe, in welchen die verschiedenartigsten Ingredienzien zusammengeschüttet sind, und in welchem Jeder sich seinen Bedarf herausuchen mag, für unsere Ohren noch so undelikat klingen: etwas Wahres ist doch unstrittig an der Vergleichung. Das „Suchet, so werdet ihr finden,“ trifft freilich hier meistens zu, es ist nur die böse Sache, dass, wenn man gefunden hat, das Gefundene nicht zu dem Uebrigen passt /.../.“⁶

Nämlich galten nebeneinander von verschiedenen Geschichtsperioden und Herrschaften stammende Rechte: Stadt- und Landrechte, Landes- und (im Baltikum verschiedene) Reichsrechte – wie schwedische, polnische, russische –, Privilegien, Polizeiordnungen, Gewohnheitsrecht, und subsidiäre Rechtsquelle das gemeine römische Recht. Für die praktische Anwendung gab es eine

Rangordnung der Rechtsquellen⁷, die aber für die Praxis trotzdem problematisch blieb.⁸

Als einen Gegensatz zum ius commune-System kann man das System des kodifizierten Rechts bezeichnen. Jede Kodifikation hat den Anspruch, ein geschlossenes Rechtssystem zu sein. Durch das Zusammensammeln und die Zusammenstellung der Normen in ein Gesetzbuch sollte der Rückgriff auf weitere Rechtsquellen in diesem Gebiet überflüssig werden. Das Recht sollte ab Inkrafttreten der Kodifikation von einem einzigen Gesetzbuch stammen, das im Idealfall sowohl vollständig als auch systematisch ist. Die Lücken werden nach diesem System nicht mehr ziemlich frei aus allen geltenden Rechten stammenden Normen gefüllt, sondern nur durch Quellen, die vom Gesetzbuch abhängen.⁹ Diese Vollständigkeit der Kodifikation ohne Weitergeltung bisherigen Rechtsquellen ist einer der entscheidenden Folgen, die die Kodifizierung mit sich bringt.

II. Das LECP – eine „wahre“ Kodifikation?

Der russische Zar hat für die Kodifikationen im russischen Reich einige Vorgaben vorgesehen: vor allem sollten diese die „Codificationen des bestehenden Rechts“ sein. Daher war es vorgesehen, dass unter jedem Artikel auf die Quellen verwiesen werden musste. Um diese Art von Gesetztechnik besser vor Augen zu führen, wird hier ein Beispiel gebracht:

„1401. Eine Dienstbarkeit oder Servitut ist das mit einem Grundstücke oder einer Person, als berechtigtem Subjecte, unzertrennlich verbundene Recht, sich einer fremden Sache zu gewissen Zwecken zu bedienen, oder den Eigenthümer einer Sache in dem freien Gebrauch derselben zu beschränken.

§ 2 I. de actionibus (IV, 6).“

Dies schien aber übrigens für die ostseeprovinzielle Rechtskultur nicht neues zu sein, auch das im Jahr 1650 verfasste „Des Herzogthums Ehsten Ritter- und Landrechte“ hatte ähnliche Quellerweise.¹⁰

Das Anteil der Quellenverweise auf das römische Recht

⁴ Siehe grundlegend Siimets-Gross, Hesi. Das Liv-, Esth- und Curlaendisches Privatrecht (1864/1865) – die einzige Quelle des Privatrechts? In: Luts-Sootak, M.; Osipova, S.; Schäfer, F. L. (Hrsg.). Einheit und Vielfalt in der Rechtschichte im Ostseeraum. Sechster Rechtshistorikertag im Ostseeraum, 3.-5. Juni 2010 Tartu (Estland)/Riga (Lettland). Frankfurt am Main: Lang 2012, S. 275-285. Siimets-Gross, Hesi, Das Liv-, Est- und Curlaendische Privatrecht (1864/65) und das römische Recht im Baltikum (Tartu, 2011), S. 37-47.

⁵ Dabelow (1768-1830) hat in Rostock und Jena studiert. Danach war er Professor in Halle (1792-1809), 1811-1813 war er als Staatsminister von Gotha-Anhalt tätig, dann Privatdozent in Halle (1816). 1819-1830 war er Professor für bürgerliches Recht römischen und deutschen Ursprungs in Dorpat.

⁶ Dabelow, Christoph Christian. Ueber die wissenschaftliche Behandlung des besonderen Rechts der Russischen Ostsee-Provinzen. – Jahrbuch für Rechtsgelehrte in Russland. Hrsg. E. G. Bröcker, 1822, Bd. 1, S. 190.

⁷ Dazu näher Oestmann, Peter. Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich. – Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, Bd. 18, Frankfurt a.M. 2002, S. 5-7. Zu den Änderungen in der Rechtsquellenlehre in verschiedenen Perioden Schröder, Jan. Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850). München 2001, S. 17 ff (1500-1650), 110 ff (1650-1800) und 202 ff (1800-1850).

⁸ Ein anschauliches Beispiel anhand der Freiheitsprozesse der Bauern am Ende der 18. Jh in einem der drei Provinzen – in Estland siehe näher Siimets-Gross, H.; Kello, K. Plurality of Legal Sources in Trials Concerning a Person's Status at the End of the 18th Century – cui bono? – I. Kull u.a. (hrsg.) Legal Plurality – cui bono? Tartu 2017 (im Erscheinen); ebenso Kello, K.; Siimets-Gross, H. Kohutuasjad in puncto libertatis: isiku staatuse tuvastamise lähtekohad asehaldusaja Eestimaal. [Gerichtssachen in puncto libertatis: die Ausgangspunkte bei der Feststellung des Status einer Person im Estland während der Statthalterchaftsverfassung], Ajalooline Ajakiri/The Historical Journal, 2017, 2/3, S. 257-308.

⁹ Caroni, Pio. Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte. Basel-Genf-München 2003, S. 40-41.

¹⁰ Des Herzogthums Ehsten Ritter- und Land-Rechte. Sechs Bücher. 1. Druck. Hrsg. J. P. G. Ewers. Mit erläuternden Urkunden und ergänzenden Beilagen herausgegeben. Dorpat: 1821.

war bei den 4600 Artikeln von LECP das höchste: 57,2 %.¹¹ Deswegen wurde die Kompilation noch 1918, als sie immer noch in Kraft war, als Triumph des römischen Rechts gelobt:

„In der Kodifikation von Jahre 1864 feiert das römisch-kanonische Recht seinen höchsten Triumph. /.../ Ja, das römische Recht wird nicht nur in dem Umfang übernommen, in welchem es bisher als Subsidiarrecht gegolten hat, sondern das ganze Werk der Kodifikation wird auf streng römisch-rechtlicher Grundlage aufgebaut. /.../“¹²

In der Tat sollte man aber statt eines Triumphes des römischen Rechts von einem Triumph der römisch-rechtlichen Quellenverweise sprechen, weil diese im Übermass gab.¹³ In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird es aber kaum angenommen.¹⁴

Die Bedingung des Zaren und später die Beschreibung als eine „Codification des bestehenden Rechts“ hat in der Rechtsliteratur der Ostseeprovinzen von damals für die Konfusion gesorgt. Nach dem Inkrafttreten des LECP war nämlich nicht so klar, wie genau beeinflusst diese Art von Kodifikation die Rechtsquellenlage. Wird das LECP jetzt zur einzigen Quelle des Privatrechts oder gelten als Quellen mit Rechtskraft immer noch die geschichtlichen Rechtsquellen und LECP ist nur als Fundregister zu bezeichnen?

Die Problematik hat Professor des Provinzialrechts an der Universität Dorpat (heute: Tartu), Carl Eduard Erdmann¹⁵ formuliert:

„Fraglich erscheint es dagegen, ob auch da die älteren Rechtsurkunden und Gewohnheitsrechte den Character der unmittelbaren Rechtsquelle verlieren, wo nicht eine eigentliche Gesetzgebung, sondern eine bloße Codification stattgefunden hat, wo also die Absicht bloß auf eine Sammlung, /.../

*gegangen ist. /.../ Man könnte hier aus dem Begriff einer bloßen Sammlung heraus folgern, daß es sich bloß um eine Erleichterung der Auffindung des wirklichen Rechts für den practischen Gebrauch handelte und daher die authentische Quelle selbst immer außerhalb dieser Sammlung zu suchen wäre.“*¹⁶

Nicht klarer wurde diese Frage durch die Bestimmung des Einführungsukases für das ganze Provinzialrecht von 1845, die u.a. auch für den dritten Teil des Provinzialrechts, für LECP galt. Nach dieser sollte die Kraft und Geltung der bestehenden Gesetze nicht abgeändert werden.¹⁷ Es könnte folglich so verstanden werden, dass das alte Recht weitergalt. Nach einer anderer Bestimmung sollten anstatt der alten Rechtsbestimmungen die neuen des LECP angewandt werden.¹⁸

Trotz diesen Allerhöchst vorgesehenen und grundlegend unterschiedlichen Standpunkte hiess es nach herrschender Meinung, dass diese blosse Sammlung des bisherigen Rechts doch die Gesetzkraft hatte und der Text des LECP war die unmittelbare geltende Quelle des Rechts.¹⁹

III. Subsidiarrechte und Kodifikation

Obwohl der allgemeinen rechtswissenschaftlichen Theorie nach ab dem Inkrafttreten neben einer Kodifikation keine Subsidiarrechte mehr geben sollte, wurde in den Ostseeprovinzen bis in das 20 Jh hinein über die Geltung und Reihenfolge der Subsidiarrechte diskutiert. Wenn auch im Allgemeinen das Gesetzbuch galt, blieb die Frage, wie man sich im Fall einer Lücke verhalten soll. Wie das Rechtsproblem bei einer Lücke gelöst werden sollte, wurde zwar in den einleitenden Normen (Art. XXI) des LECP geregelt, aber dies war sehr unklar ausgedrückt:

„Findet sich in diesem Privatrecht für eine einzelne Rechtsfrage keine Vorschrift, so ist eine solche Frage nach denjenigen Bestimmungen des Privatrechts zu beurtheilen, mit denen sie durch Gleichheit des Grundes innerlich verwandt erscheint.“

Diese Formulierung lässt eigentlich zwei Möglichkeiten offen. Unter „denjenigen Bestimmungen des Privatrechts, mit denen [die Frage] durch Gleichheit des Grundes innerlich verwandt scheint“ kann einerseits das Gesetzbuch selbst gemeint sein. In dem Fall würde es auf eine Gesetzesanalogie hinweisen. Ein Problem, bei der eine Lücke ersichtlich wird, müsste danach aufgrund der Analogie innerhalb des Gesetzbuches entschieden werden. Andererseits könnte es bedeuten, dass aus dieser Rechtsquelle die Antwort gesucht werden sollte, die für die ähnlichen Bestimmungen des LECP als Grundlage

¹¹ Luts-Sootak, Marju. Das Baltische Privatrecht von 1864/65 – Triumphbogen oder Grabmal für das römische Recht im Baltikum? – Zeitschrift für Ostmitteleuropa-Forschung 2009, Nr 58, S. 369.

¹² Ylander, Aage. Die Rolle des römischen Rechts im Privatrecht der Ostseeprovinzen Liv-, Est- und Kurland. - Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 35, 1918, S. 441.

¹³ Dazu siehe Siimets-Gross, Hesi. Roman Law Origin of the Private Law Act of the German Baltic Provinces of the Russian Empire: Fact or Fiction? – Crossing Legal Cultures. = Jahrbuch Junge Rechtsgeschichte — Yearbook of Young Legal History 2007 (hrsg. Beck Valera, L.; Gutiérrez Vega, P.; Spinosa, A.) München 2009, S. 313-330.

¹⁴ Siehe als Beispiele: Jegorov, Jüri. Retseptsija prava v istorii Estonii (XIII-XIX vv). [Die Rezeption des Rechts in der Estnischen Geschichte] - Studia iuridica. Nr 2. Tartu 1989, S. 104; und Dölemeyer, Barbara. Das Privatrecht Liv-, Est- und Kurlands von 1864. – Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Hrsg. H. Coing. Bd. III, Teilbd 2. München 1982, S. 2083.

¹⁵ Erdmann (1841-1898) hat 1858 an der Universität Dorpat mit dem Studium der Philosophie angefangen, 1859-1862 die Rechtswissenschaft in Dorpat und Heidelberg studiert und den Grad des Kandidats erworben. 1864-1869 war er Sekretärgehilfe und Ratssekretär in Mitau, 1869-1872 Universitätssyndikus in Dorpat. 1870 wurde er mag. iur. in Dorpat. 1870-1872 war er Privatdozent in Dorpat, 1872 hat er den Grad dr. iur. in Dorpat erworben, 1872 wurde er ausserordentlicher, 1873 ordentlicher Professor genannt. 1893 wurde er im Wege der Russifizierung entlassen und lebte bis 1898 im Ruhestand.

¹⁶ Erdmann, Carl Eduard. System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Est- und Curland. I. Bd. Riga 1889, S. 4-5.

¹⁷ Befehl an den Dirigierenden Senat. Das Original ist von Seiner Kaiserlichen Majestät Eigenen Hand gezeichnet: „Nikolai.“ (Peterhof, den 1.sten Juli 1845) – Provinzialrecht der Ostseegouvernements. I Theil. Behördenverfassung. St. Petersburg 1845, S. 3.

¹⁸ Polnoye Sobraniye Zakonov [Die Vollständige Sammlung der Gesetze] 1864, Bd. 39, Nr 41443, Punkt 2.

¹⁹ Siehe als pars pro toto: Erdmann, System I, S. 4-5.

gedient hat.²⁰ Diese Grundlage war mit Hilfe der Quellenverweise leicht zu finden. Damit würden die alten Rechtsquellen subsidiär gelten und bei einer Lücke sollte eben diese, für die analoge Norm als Grundlage dienende Rechtsquelle angewandt werden. Der Provinzialrechtler Erdmann las aus diesem Artikel beide Möglichkeiten aus, die einander stufenweise folgen sollten.²¹ Die Möglichkeit auf die Subsidiarrechte zu greifen scheint er darauf zu führen, dass die Subsidiarrechte „durch die neuere Codification nirgends aufgehoben worden“ sind.²² Warum eine Kodifikation überhaupt Subsidiarrechte haben sollte, besonders dann, wenn es über die schweigt, erklärt sich wahrscheinlich mit der vorher zitierten Bestimmung des Einführungskases von 1845. Dass die ostseeprovinziellen Rechtswissenschaftler von der durch den Einführungskas angebotenen Möglichkeit für die Subsidiarrechte festgehalten haben, war nicht bloss eine rechtliche Frage, sondern in dem – während dieser Zeit schon sehr russifizierungseifrigen – Russischen Imperium²³ auch eine politische. Die subsidiäre Geltung der alten Rechtsquellen hat indirekt auf deren Ursprung, auf die Bestätigung der rechtlichen Sonderstellung der baltischen Provinzen durch die früheren Zaren hingewiesen.

IV. Die Statusänderung der früheren Rechte, vor allem des römischen Rechts

Es wurde über verschiedene Subsidiarrechte und deren Geltung der Subsidiarrechte wissenschaftlich heftig diskutiert²⁴, praktisch hatte es in aller Wahrscheinlichkeit aber wenig Bedeutung. Insgesamt hat sich die Lage vom Standpunkt des Rechtsanwenders mit dem Inkrafttreten der Kodifikation auch in den Ostseeprovinzen wie in Deutschland grundlegend geändert. Statt des alten Rechts, die aufgrund der vertragsähnlichen Kapitulationen galt, fand man die verbindlichen Normen jetzt aus der vom russischen Zar gesetzter Kodifikation. Wenn das LECP auch nur „altes“ Recht beinhalten sollte, war die Form neu. Diese neue Form hat aber die Abänderung der Normen der Kodifikation für und durch die russische Zentralmacht ohne schwierige Problematik der bestätigten Privilegien möglich gemacht.

Für alle bisherige Rechte, insbesondere für das römische Recht, das in der Praxis fast die Wichtigkeit einer primären Rechtsquelle hatte und von dem über die Hälfte des LECP stammen sollte, bedeutete der Erlass der Kodifikation eine Statusänderung. Von der fast wichtigsten

Rechtsquelle, das als ein gefährlicher Nebenbuhler²⁵ für das Provinzialrecht beschrieben worden war, wurde es ein Teil des Provinzialgesetzbuches.

Diese sog. Triumph der Quellenverweise des römischen Rechts hat nichts geändert an der Tatsache, dass durch die Kodifizierung zwei Folgen eingetreten haben. Zum einen war das einbezogene römische Recht nicht mehr selbständiger Forschungsdisziplin des geltenden Rechts, sondern ein Teil des baltischen Provinzialrechts. Die gemeinrechtliche oder romanistische Tradition, auf der die Artikel beruhten, musste seit dem nicht berücksichtigt werden – auch wenn die Provinzialrechtswissenschaftler wie Erdmann es getan haben. Die Anwendungsmöglichkeiten des römischen Rechts als Subsidiarrecht, was in der Theorie ja so heftig diskutiert wurde, waren aber mehr als gering. Systematisch ist die Gerichtspraxis dazu nicht untersucht worden, durch Zufall habe ich aber eine Entscheidung aufgefunden, in der das römische Recht in der Tat als Subsidiarrecht angewandt wird.

In der bisher einzigen aus der Praxis gefundenen Entscheidung dazu findet man weder von der theoretischen Diskussion noch von der Erwägungen über die Hierarchie der Rechtsquellen Spuren. Das in Livland befindende Rigische Landvogteigericht sagte:

„es erscheine bei nochmaliger genauer Erwägung [dasselbe Gericht hat im Urteil vom 30. Juli 1869 anders entschieden] theoretisch richtiger, bei Mangel einer bezüglichen Norm in der Provinzial-Gesetzgebung, auf das gemeine Recht zurückzugehen, welches nach der herrschenden Ansicht der Doktrin in l. 16 § 8 Dig. de pign. et hypoth. XX, 1 die Bestimmung enthalte, daß an demselben Tage bestellte Pfandrechte im Falle der Collision pro rata der Pfandforderungen befriedigt werden sollen, welche Bestimmung auf den Fall der Ingrossation mehrerer Hypotheken an demselben Tage analog anzuwenden sei.“²⁶

In diesem Fall sind auf einmal zwei Sachen hervorzuheben: einmal die Bestätigung des römischen Rechts als Subsidiarrecht für das LECP und zweitens die Geltung ausserhalb der theoretischen Diskussion.

Im Allgemeinen aber wurde das römische Recht selbst durch seine Statusänderung zum Provinzialrecht und war, ausser im Falle von Lücken, nicht mehr geltendes Recht. Es wurde zum Lehrdisziplin wie in anderen Ländern des kodifizierten Rechts.

²⁰ Ausführlich dazu Siimets-Gross, Das Liv-, Esth- und Curlaendisches Privatrecht (1864/1865) - die einzige Quelle des Privatrechts?, S. 282-285.

²¹ Erdmann, System I, S. 6.

²² Erdmann, System I, S. 6.

²³ Zur Russifizierungspolitik in den baltischen Provinzen Pistohlkors, Gert von. Die Ostseeprovinzen unter russischer Herrschaft. – Deutsche Geschichte im Osten Europas. Baltische Länder. Hrsg. G. v. Pistohlkors. Berlin 1994, S. 389 ff, vor allem S. 408

²⁴ Siehe für die Diskussion: Lutzau, Hermann von. Hat das russische Reichsrecht in den Ostseeprovinzen die Stellung eines Subsidiarrechts und inwieweit sind überhaupt für das ganze Reich erlassene Gesetze auch auf den Th. III frd Prov. Rs von derogierenden oder abänderndem Einfluß? – Studien und Kritiken zum Ostseeprovinziellen Privatrecht. Riga 1908, S. 40-41. Zusammenfassend die Diskussion in Siimets-Gross, Hesi. Das Liv-, Esth- und Curlaendisches Privatrecht (1864/1865) - die einzige Quelle des Privatrechts?, S. 282-285.

²⁵ Madai, Carl Otto v. (Rezension): F. G. Bunge, Das Liv- und Esthländisches Privatrecht. - Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft. Hrsg. v. A. L. Richter u. R. Schneider, Jg. 5, Leipzig 1841, S. S. 845.

²⁶ Nr. 52. Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 15. November. 1869, No. 233. - Zwingmann, Victor. Civilrechtliche Entscheidungen, I. Bd. Riga 1871. S. 105. Ausführlicher zur Analyse der römisch-rechtlichen Quellen in der Sammlung der Entscheidungen siehe Siimets-Gross, Hesi. Legitimation oder Auslegung? Die römischrechtlichen Quellenverweise vom Baltischen Privatrecht in den Riga'schen Stadtgerichtsentscheidungen – Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (X). Wien, 2013, S. 544-552.

V. Statt Zusammenfassung: Weitergeltung und Wirkung des LECP

Die Geschichte endet aber nicht hier: das LECP blieb auch nach Verfall des Russischen Imperiums – in den auf diesem Territorium entstandenen neuen Nationalstaaten Estland und Lettland – in Kraft. Obwohl beide Staaten fast gleich nach der Erlangung der Unabhängigkeit mit einem Kodifikationsprojekt angefangen haben, ist das LECP in Lettland bis 1938 gegolten. Am 28. Januar 1937 wurde das lettische Zivilgesetzbuch verabschiedet²⁷ und im 1938 war das LECP in Lettland offiziell Geschichte geworden. Inhaltlich jedoch nicht, nach D. A. Loeber stammt 2/3 von dem Lettischen Zivilgesetzbuch vom römischen Recht und LECP.²⁸ In Estland blieb LECP mit Unterbrechungen sogar bis 1944 in Geltung. Nämlich wurde das neue Zivilgesetzentwurf, was schon im Parlament auf Verabschieden wartete, doch nicht verabschiedet. Auch das neue estnische Entwurf des Zivilgesetzbuchs war nicht so unabhängig von LECP als früher in der Literatur behauptet wurde.²⁹ Um Verwirrung bei den praktisierenden Juristen zu vermeiden, wurden für das neue Entwurf bevorzuglich die Normen des LECP als Grundlage genommen.

Nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit sind Estland und Lettland verschiedene Wege gegangen: Lettland

hat sein Zivilgesetzbuch vom 1937 wieder in Kraft gesetzt. Damit kann man viele Lösungen und Normen von LECP in einer lettischen Fassung noch immer in Geltung finden.

Estland hat einen anderen Weg als Lettland gewählt: im Jahre 1991 hat das neue und unabhängige estnische Parlament entschieden, dass bei der Ausführung der Rechtsreformen die aus der Vorkriegszeit stammenden Gesetze zu berücksichtigen sind – sie wurden aber nicht automatisch übernommen oder wieder in Kraft gesetzt. Es kann und wurde so interpretiert werden, daß Estland seine Wurzeln folgen sollte, d.h dem deutschstämmigen Vorbilder. Diese Leitlinien wurden in dem späteren Gesetzgebungsprozess festgehalten und deswegen könnte die in den Jahren 1993-2010 erfolgte Privatrechtsreform als Wiederaufleben der (meist deutschen) Zivilrechtstradition bezeichnet werden. Obwohl nach dem Vorbild des LECP verfasstes Zivilgesetzbuchsentwurf hier als Model hätte dienen können, wurde es nach einigen Überlegungen doch nicht gemacht.³⁰ Würde man jedoch behaupten wollen – vor allem aufgrund der parlamentarischen Leitlinien –, daß Estland über den Entwurf des Zivilgesetzbuchs aus LECP das römische Recht rezipiert hat und damit das Rezeptionsprozeß fortdauernd gewesen ist, wenn auch inzwischen durchbrochen, wäre dies jedoch falsch. Die Kontinuität von LECP im estnischen Recht hat damit in 1944 aufgehört, in Lettland dauert es aber immer noch.

²⁷ Siehe näher Schwartz, Philipp. Das Lettländische Zivilgesetzbuch vom 28. Januar 1937 und seine Entstehungsgeschichte. Aachen: Shaker Verlag 2008

²⁸ Loeber, Dietrich A. Lettlands Zivilgesetzbuch von 1937 in seiner wechselvollen Geschichte. – Kontinuität und Neubeginn. Festschrift für Georg Brunner. Baden-Baden, 2001, S. 492.

²⁹ Loeber, Dietrich. Kontinuität im Zivilrecht nach Wiederherstellung staatlicher Unabhängigkeit – Zu den Zivilgesetzbüchern von Lettland (1937), Estland (1993) und Litauen (2000). – Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht. J. Basedow et al. (Hrsg.). Tübingen 2001, S. 948.

³⁰ Dazu und für eine Analyse des estnischen gegenwärtigen Kaufvertrags aus der Sicht der Rezeption des römischen Rechts siehe Sein, Karin, Siimets-Gross, Hesi. Das Erbe des römischen Rechts im modernen estnischen Kaufrecht. Mattiangeli, D. (Hrsg.). Emptio-Venditio. Europäische Studien zur Geschichte des Kaufvertrags. Wien (= Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht; 35). 2014, S. 365–380.

Makarewicz und von Liszt. Ein Beitrag zum Einfluss der soziologischen Strafrechtsschule auf die polnische Strafrechtslehre

Danuta Janicka

„Die Beziehung zwischen Deutschland und Polen in der Strafrechtswissenschaft ist also einmal recht eng gewesen“

Hans-Heinrich Jescheck, Das neue deutsche Strafrecht im Vergleich mit dem polnischen Recht, ZStW 88 (1976)

I. Einführung¹

Die Biographien von Franz von Liszt (1851-1919), dem Begründer der soziologischen Strafrechtsschule² und

dem bedeutendsten deutschen Kriminalpolitiker³ und Juliusz Makarewicz (1872-1955), dem bedeutendsten Vertreter der soziologischen Strafrechtsschule in Polen und dem größten polnischen Kriminologen der 1. Hälfte des 20. Jhs.⁴, weisen einige verblüffende Analogien auf. Beide Gelehrte verband eine spektakuläre wissenschaftliche Tätigkeit mit organisatorischer und politischer Betä-

¹ Ich nehme hier auf meinen polnischen Aufsatz Makarewicz a Liszt. Próba analizy porównawczej (Makarewicz und Liszt. Versuch einer vergleichenden Analyse) Bezug, der in Polen in der bekannten rechtshistorischen Zeitschrift „Czasopismo Prawno-Historyczne“, Bd. 67, Hf. 1 (2015), S. 107-128 erschien. Der hier abgedruckte Vortragstext ist eine zum Teil überarbeitete und ergänzte Fassung des Themas.

² R. Maurach, H. Zipf, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband 1. Grundlagen des Strafrecht und Aufbau der Straftat, Aufl. 8, Heidelberg 1992, S. 75; M. Frommel, Franz von Liszt, Neue Deutsche Bio-

graphie, Bd.14, S. 704; M. Senn, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorisches Grundriss, Aufl.2, Zürich 1999, S. 359.

³ C. Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd.1. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, Aufl. 4, München 2006, S. 74.

⁴ W. Wolter, Nauka prawa karnego od drugiej połowy XIX wieku. Jej początki – klasycyzm – nowe kierunki (Strafrechtslehre ab der 2. Hälfte des 19. Jhs. Ihre Anfänge – Klassizismus – neue Richtungen), [in:] M. Patkaniowski (red.), Studia z dziejów Wydziału Prawa UJ (Studien aus der Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Jagiellonen-Universität), Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Prawnicze 18 (1964), S. 334.

tigung; beide waren etwa ein halbes Jahrhundert wissenschaftlich aktiv.

Makarewicz lernte den Professor Franz von Liszt, der bereits über 40 Jahre alt war, im Studienjahr 1894/95 in Halle kennen, wo er – ähnlich wie dutzende anderer junger, angehender Rechtswissenschaftler aus Deutschland und anderen Ländern – an dem bekannten Kriminalistischen Seminar teilgenommen hatte⁵. Im Jahre 1896 hat der Pole, der erst 24 Jahre alt war, im „Rechts- und Verwaltungsübersicht“, einer polnischen, in Lemberg herausgegebenen Wissenschaftszeitschrift, eine umfassende positive Besprechung des Lehrbuchs von Liszt veröffentlicht⁶. In den nachfolgenden Jahren vertraten die beiden Gelehrten eine ähnliche Auffassung im Bereich des Strafrechts, der Kriminologie und Kriminalpolitik. Die vorliegende Bearbeitung setzt sich zum Ziel, die Frage zu beantworten, in welchem Umfang die Thesen von Liszt von Makarewicz unmittelbar akzeptiert wurden. Im Rahmen einer nicht allzu großen Bearbeitung ist es nicht möglich alle wichtigen Fragen zu analysieren, so versucht sich die Autorin auf vier ausgewählte Bereiche zu konzentrieren: Strafgesetz, Verbrechertypologie, Strafziele und sichernde Maßnahmen.

II. Ein paar Worte zum Gesamtwerk von Makarewicz und von Liszt

Franz von Liszt, in Wien geboren, wo er auch seinen Bildungsweg absolvierte, begann 1879 seine akademische Laufbahn im Deutschen Kaiserreich, die ihn letztendlich zum Gipfel hinführte – auf den Lehrstuhl in Berlin und die Sitze des Reichstags. Im gleichen Jahr wurde er als Professor nach Gießen und danach an die Universität Marburg berufen, wo er 1882 seine Antrittsvorlesung hielt, die in die Geschichte des Strafrechtes als das namhafte Marburger Programm einging. Nach einigen Jahren übersiedelte er nach Halle, bis er schließlich 1899 an den Lehrstuhl in Berlin berufen wurde, den er bis 1916 leitete⁷. Im Laufe seiner 40-jährigen Wirkung in Deutsch-

land hat von Liszt, ohne die Universitätsarbeit zu vernachlässigen, eine breite organisatorische, seminaristische, editorische und internationale Tätigkeit entwickelt. Er war u.a. Mitbegründer der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ – des führenden, noch heute existierenden Forums für die Diskussion grundlegender Fragen von Strafrecht und Kriminologie und auch der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung – einer Organisation der Kriminalisten aus vielen Ländern Europas und der Welt⁸.

1882 ist von Liszt mit einem radikalen Erneuerungsprogramm des Strafrechtes aufgetreten – dem sog. Marburger Programm. Der Gelehrte verkündete sein credo an der Universität Marburg anlässlich der Übernahme des Lehrstuhls und veröffentlichte danach seinen Text unter dem Titel „Der Zweckgedanke im Strafrecht“⁹. Das Marburger Programm und weitere Bearbeitungen von Liszt brachten das Gesamtbild seiner Auffassung hervor, die man am kürzesten in drei grundsätzlichen Punkten charakterisieren kann. Erstens verschob der deutsche Gelehrte entschieden die Aufmerksamkeit der Doktrin vom Verbrechen auf den Verbrecher; das Verbrechen beschrieb er als gesellschaftlich schädliches Verhalten, das gleichzeitig gesellschaftlich bedingt ist. So erfasste er es also soziologisch, was ein novum war. Zweitens empfahl von Liszt die Untersuchung der Ursachen des verbrecherischen Verhaltens, indem er auf die Notwendigkeit der Entwicklung von Kriminologie und Pönologie hinwies, und aus dem Blickwinkel der künftigen Bedürfnisse – auch der Kriminalpolitik. Drittens entwickelte er eine Straftheorie, die sich auf einen Zielgedanken stützte; er argumentierte, dass die Strafe dem gesellschaftlichen Nutzen dienen muss und bestimmte mögliche Strafziele als Abschreckung der Gelegenheitsverbrecher, Sicherung (vor den unverbesserlichen Gewohnheitsverbrechern) und Besserung (der besserungsfähigen Verbrecher) erfüllen sollte. Sein politisch-kriminelles credo bezeichnete von Liszt auch kurz als: „Besserung der Besserungsfähigen und Unschädlichmachung der unverbesserlichen Verbrecher“¹⁰. Auf diese Weise ist der deutsche Professor in die Rechtsgeschichte als Vater der Spezialprävention eingegangen¹¹.

⁵ A. Redzik, Profesor Juliusz Makarewicz – życie i dzieło (Professor Juliusz Makarewicz – Leben und Werk), [in:] A. Grześkowiak (Hg.), Prawo karne w poglądach Profesora Juliusza Makarewicza (Das Strafrecht in den Ansichten von Professor Juliusz Makarewicz), Lublin 2005, S. 26-29. Vgl. Darstellung und Schätzung des Hallenser Seminars in der polnischen Literatur: S. Posner, Seminarium prawa karnego w Halle (Seminar des Strafrechts in Halle), Gazeta Sądowa Warszawska 46 (1895), S. 730-732.

⁶ J. Makarewicz, Dr. Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Siebente durchgearbeitete Auflage. Erster Teil, Berlin 1895, Przegląd Prawa i Administracji 1896, S. 329-338. Über von Liszts Lehrbuch vgl. außerdem F.M. Conde, Das Erbe Franz von Liszts, [in:] F. Herzog, U. Neumann Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, S. 535-558. Franz v. Liszt selbst distanzierte sich von seinem Werk mit der Erklärung: „(ich habe es geschrieben) um meine durch den Kampf um die Umgestaltung der Gesetzgebung geschwächte wissenschaftliche Autorität (seinen) Kollegen gegenüber aufrecht zu erhalten“ – vgl. F. v. Liszt, Die Zukunft des Strafrechts, [in:] ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (weiter: AuV), Bd.2, S. 1, 23.

⁷ Vgl. kurze Biographien von F. v. Liszt: H. Ostendorf, Von der Rache zur Zweckstrafe. 100 Jahre Marburger Programm von Franz von Liszt, Frankfurt am Main 1982, S. 7-10; W. Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, [in:] ders., Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte, Baden-Baden 2000, S. 221-264; G. Kleinheyer, J. Schröder, Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, Heidelberg 2008, S. 263. Vgl.

auch egehende Studien in: Gedächtnisschrift für Franz von Liszt zur 50. Wiederkehr seines Todestages am 21. Jun 1919, ZStW 81 (1969).

⁸ Internationale Kriminalistische Vereinigung wurde 1889 von den Professoren Franz von Liszt, Adolphe Prins aus Brüssel wie auch Gerardus van Hamel aus Amsterdam gegründet und handelte praktisch bis zum I Weltkrieg. Sie verfolgte das Ziel, das Verbrechen, seine Ursachen und die Mittel zu seiner Bekämpfung zu erforschen. Für Einzelheiten vgl. E. Bellmann, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung (1889–1933), Frankfurt am Main 1994; L. Radzinowicz, The Roots of the International Association of Criminal Law and their Significance. A Tribute and a Re-assessment on the Centenary of the IKV, Freiburg 1991.

⁹ W. Naucke, Die Kriminalpolitik (wie Fn. 7), S. 223. Vgl. zugängliche Auflagen des Marburger Programms: F. v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), S. 1-47 oder F. v. Liszt, AuV, Bd.1, Berlin 1905, S. 126 f.

¹⁰ F. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Aufl.24, Berlin 1922, S. 13.

¹¹ Vgl. T. Stäcker, Die Franz von Liszt-Schule und ihre Auswirkungen auf die deutsche Strafrechtswissenschaft, Baden-Baden 2012, S. 28-29. Im älteren Schrifttum vgl. E. Schmidt, Anselm von Feuer-

Juliusz Makarewicz hat ein Jurastudium an der Jagellonen-Universität abgeschlossen und ging danach zum weiteren Studium nach Deutschland. Nach seiner Rückkehr nach Krakau legte er 1896 an der Mutterfakultät seine Habilitationsschrift vor, die ganz im Geiste der modernen Strafrechtsschule geschrieben war. Sie wurde jedoch entschieden von Professor Edmund Krzysuski (1851-1928), dem bedeutendsten polnischen Vertreter der klassischen Strafrechtsschule, kritisiert. Diese Kritik zwang Makarewicz zur Bearbeitung eines neuen, klassischen Themas, das ihn bereits im nächsten Jahr (1897) im Alter von 25 Jahren habilitieren ließ. Der junge Gelehrte blieb an der Jagellonen-Universität lediglich 10 Jahre. 1907 wurde er ordentlicher Professor an der Johannes - Kasimir - Universität in Lemberg, wo er praktisch bis zum Lebensende tätig war – also bis nach dem Zweiten Weltkrieg in Sowjetrußland¹². Unabhängig von der wissenschaftlichen Tätigkeit engagierte sich Makarewicz in der Zwischenkriegszeit in der Politik, indem er Mitglied der zweiten Parlamentskammer – des Senats – wurde. In den Jahren 1919-1939 war er in der Kodifikationskommission aktiv tätig. Sein Werk war das erste Strafgesetzbuch des unabhängigen Polens von 1932, in das er eine Reihe von eigenen Lösungen eingeführt hat¹³.

III. Franz von Liszt und Makarewicz über das Strafgesetz als magna charta des Verbrechens

Franz von Liszt ist als Autor der Feststellung, dass das Strafgesetzbuch für den Verbrecher als magna charta gilt, in die Geschichte eingegangen, was bedeuten sollte, dass das Strafgesetz dem Täter strafwürdiger Handlungen Berechtigungen garantiert. Dieser Gedanke erschien im Konzept des deutschen Professors Ende des 19. Jhs. in einer ausführlichen Abhandlung unter dem Titel: „Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe“¹⁴. Vor der Verkündung der besprochenen These erinnerte der Gelehrte daran, dass das Strafrecht Ausdruck der straffenden Staatsmacht ist, die in Bezug auf Schutz der indi-

viduellen Freiheit nur einen begrenzten Charakter hat. Die Grundsätze nullum crimen, nulla poena sine lege nannte er ein „Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt“¹⁵. Seine Erörterung besiegelte er mit einem Schluss, der für immer in den wissenschaftlichen Umlauf eingegangen ist: „So paradox es klingt: das Strafgesetzbuch ist die magna charta des Verbrechens“¹⁶. Dieser Gedanke des deutschen Gelehrten hatte einen liberalen Ausklang – er wies auf die Notwendigkeit hin, individuelle Freiheit vor staatlichem Eingriff zu schützen.

Franz von Liszt wiederholte mehrmals seine These über das Strafgesetz als magna charta für den Täter eines Verbrechens, doch in sein Lehrbuch hat er sie nicht aufgenommen¹⁷. Noch Anfang des 20. Jhs., während der in Deutschland geführten Arbeit an der Strafrechtsreform, wies er auf sie hin.¹⁸ Am Rande soll noch erwähnt werden, dass der Gelehrte nicht daran teilgenommen hat, weil er in keine der Kodifikationskommissionen berufen wurde¹⁹.

Obwohl von Liszt als Autor der Feststellung über die magna charta in die Geschichte eingegangen ist, beschäftigte er sich nicht näher mit der Analyse des Grundsatzes nullum crimen sine lege. Er blieb bei geschichtlich-rechtlichen Anmerkungen, die daran erinnerten, dass der Grundsatz ein festes Ergebnis der Strafrechtsreform ist, das von Autoren der Aufklärung erkämpft worden war. Er betonte, auf den Vorschriften des deutschen Strafgesetzbuches basierend, dass die einzige Quelle des Strafrechtes das geschriebene Recht ist, und außerdem darf das Strafrecht nicht rückwirken²⁰. In die späteren Ausgaben seines Lehrbuches hat er aber den ergänzenden Grundsatz nulla poena sine lege aufgenommen²¹. Nie hat er geschrieben, dass die besprochenen Regeln

bach und Franz von Liszt, Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform 33 (1942), S. 216-217.

¹² A. Redzik, (wie Fn. 5), S. 23-92; A. Pasek, Juliusz Makarewicz – wybitny uczone i kodyfikator polskiego prawa karnego (Juliusz Makarewicz – hervorragender Gelehrter und Kodifikator des polnischen Strafrechts), [in:] M. Marszał, J. Przygodzki (Red.), Wybitni prawnicy na przestrzeni wieków (Hervorragende Juristen innerhalb von Jahrhunderten), Wrocław 2006, S. 157-169; M. Wąsowicz, Juliusz Makarewicz - uczone i kodyfikator (Juliusz Makarewicz – ein Gelehrter und Kodifikator), Studia Iuridica 26 (1993), S. 111-131; J. Wojciechowska, Juliusz Makarewicz (1872-1955). Kariera naukowa i polityczna (Juliusz Makarewicz (1872-1955). Wissenschaftliche und politische Laufbahn), Przegląd Prawa Karnego 7 (1992), S. 5-22; J. Stelmach (Red.), Złota księga Wydziału Prawa i Administracji: [600-lecie odnowienia Akademii Krakowskiej] (Goldbuch der Fakultät für Rechts- und Verwaltungswissenschaften zum 600-jährigen Jubiläum der Erneuerung der Krakauer Akademie), Kraków 2000, S. 275-279; P. M. Zukowski, Profesores Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego (Professoren der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Jagellonen-Universität), Bd.2: 1780-2012, unter der Redaktion von D. Malec, Kraków 2014, S. 313-315. Im deutschen Schrifttum vgl. M. Stolleis (Hg.), Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 1995, S. 414.

¹³ Vgl. eine umfassende Analyse im polnischen Schrifttum: D. Janicka, Kodeks Makarewicza w opiniach niemieckich autorów (Makarewicz's Strafgesetzbuch in den Gutachten der deutschen Autoren) – im Druck.

¹⁴ AuV, Bd.2, Berlin 1905, S. 25-74.

¹⁵ Ebd., S. 60: „Strafrecht ist (...) die rechtlich begrenzte Strafgewalt des Staates. Rechtlich begrenzt nach Voraussetzungen und Inhalt; rechtlich begrenzt im Interesse der individuellen Freiheit. Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege. Diese beiden Sätze sind das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt: sie schützen den Einzelnen gegen die rücksichtslose Macht der Mehrheit, gegen den Leviathan“.

¹⁶ Ebd. Zur gegenwärtigen Kritik der von Liszts Konzeptionen vgl. S. Ehret, Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip. Zugleich ein Beitrag wider die Gleichsetzung von Magna-charta-Formel und Nullum-crimen-Grundsatz, Frankfurt am Main 1996, S. 78-80.

¹⁷ Vgl. ein Kommentar: ebd., S. 87.

¹⁸ F. von Liszt, Strafrechtsreform (in Deutschland), (1911), [in:] Handbuch der Politik, Bd.3, Berlin-Leipzig 1921, S. 203, schrieb: „Nach wie vor soll das Strafgesetzbuch die magna charta des Verbrechens sein: aber innerhalb der so der Staatsgewalt gesteckten Grenzen fällt der Strafe die weitere Aufgabe zu, die Kulturgüter des Volkes, wie sie durch die Rechtsordnung anerkannt sind, gegen die Angriffe des Verbrechens zu schützen“.

¹⁹ Es war eine offensichtliche Demütigung für von Liszt. Er reagierte mit einer Erarbeitung, zusammen mit den Wissenschaftlern Goldschmidt, Kahl und von Lilienthal des sog. alternativen Entwurfs von 1911. Wie groß das von Liszts Interesse an den Reformen des Strafrechts in Deutschland, Europa und in der Welt war, zeigt sein Lehrbuch: F. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Aufl.18/19, Berlin 1912, S. 45-72.

²⁰ Das deutsche Reichsstrafrecht, Aufl. 1, Berlin-Leipzig 1881, S. 24-25 und S. 48. Vgl. S. Ehret, Franz (wie Fn. 16), S. 72.

²¹ F. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Aufl. 21/22, Berlin 1919, S. 182.

nullum crimen, nulla poena sine lege die Grundsätze des gesetzmäßigen und liberalen Strafrechtes sind²².

Einen anderen Weg ging Juliusz Makarewicz. Indem er sein Strafrechtslehrbuch schrieb, kaum mehr als ein Dutzend Jahre nach dem Lehrbuch von Liszt, zögerte er nicht, auf den Grundsatz nullum crimen sine lege als Garantie der Rechtsstaatlichkeit direkt hinzuweisen. Der polnische Gelehrte erklärte: „Das Hauptmotiv, das für ihn (diesen Grundsatz) spricht, ist die Bestimmung der in einem Rechtsstaat herrschenden Bedingungen, wann der Bürger bestraft werden darf; auf diese Weise wird der Willkür der Staatsorgane vorgebeugt“²³.

Anerkennung bei Makarewicz fand aber von Liszts These über das Strafgesetzbuch als magna charta des Verbrechens. Der polnische Professor erklärte in seinem Lehrbuch explizit: „Das Strafgesetz sollte eine Urkunde der Freiheit (magna charta) des Einzelnen sein, der die Interessen der Gesellschaft verletzt: Wenn man diese Verletzung in der Urkunde erwähnt, sollte Strafe folgen, wenn es aber in der Urkunde keine Erwähnung gibt, darf keine Strafe folgen“²⁴. 1936, während eines feierlichen Jubiläumsvortrags in Lemberg, wies Makarewicz erneut darauf hin, dass das in den Gesetzen verankerte Strafrecht die „magna charta des Verbrechens ist [...] die Gewähr dafür, dass er nicht für etwas anderes bestraft werden kann, als nur dafür, was das Strafgesetzbuch vorsieht“²⁵. Als er die Anwendung der sichernden Maßnahmen, die unten besprochen werden, analysierte, knüpfte er auch an die Garantie der bürgerlichen Freiheit an, indem er schrieb: „(Das Recht soll) die Gesellschaft nicht nur vor der schädlichen Einzelperson sichern, sondern auch den Bürger vor einem potentiellen Missbrauch seitens der Verwaltungsfaktoren“²⁶.

IV. Tätertypenlehre nach von Liszt und Makarewicz

Franz von Liszt verfasste und verbreitete seine bekannte Tätertypenlehre in Anlehnung an die Auffassung des Wiener Professors Wilhelm Emil Wahlberg (1824-1901), nota bene eines Vertreters der klassischen Strafrechtsschule²⁷. Von Liszt hat also, ähnlich wie Wahlberg, zwei

Hauptgruppen von Kriminellen auf Grund des prinzipiellen Kriteriums der Häufigkeit des Rechtsbruches unterschieden: „Gelegenheitsverbrecher oder Augenblicksverbrecher“ und „Gewohnheitsverbrecher; Zustandsverbrecher“²⁸. Er hat diese Typologie entwickelt, indem er die Gewohnheitsverbrecher in „Besserungsfähige“²⁹ und „Unverbesserliche“³⁰ teilte.

Auf diese Dreiteilung der Tätertypen in Gelegenheitsverbrecher, Besserungsfähige und Unverbesserliche stützte von Liszt die Unterschiedlichkeit der Maßnahmen zur Bekämpfung der Kriminalität, worüber weiter die Rede sein wird. Unabhängig von den erwähnten Grundgruppen hat der Berliner Professor noch eine zusätzliche Kategorie der strafbaren Taten ausgesondert: „gewerbsmäßige; berufsmäßige; professionelle Verbrechen“. Die letzteren Verbrechen beschrieb er als besonders häufig und gefährlich, indem er beifügte, dass sie sich früher auf Eigentumsdelikte begrenzten, doch gegenwärtig umfassen sie auch andere verbrecherische Tätigkeiten³¹. Breiter hat von Liszt die Lehre der Tätertypen nicht entwickelt, insbesondere gab er keine weiteren brauchbaren Kriterien an, die hilfreich gewesen wären, die Übeltäter zu einer der drei erwähnten Gruppen zuzuordnen³².

Das Verhältnis Franz von Liszts zu den Gewohnheitsverbrechern war sehr streng³³. Der Gelehrte empfahl sie unschädlich zu machen, durch Isolation auf eine unbestimmte Zeit in Strafanstalten mit strafverschärften Haftbedingungen³⁴.

Makarewicz hat die Lisztsche Aufteilung der Täter in drei Gruppen nicht wörtlich übernommen, doch er hat

schaftlichung, Stuttgart 2004, S. 353. Über Wahlberg und sein Werk „Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege“ (Wien 1869) vgl. W. Brauneder (Hg.), Juristen in Österreich (1200-1980), Wien 1987, S. 171-176.

²⁸ F. v. Liszt, Lehrbuch (wie Fn. 19), S. 79; ders., Lehrbuch (wie Fn. 10), S. 11.

²⁹ F. v. Liszt, Lehrbuch (wie Fn. 19), S. 79 (an anderen Stellen: „verbesserliche / resozialisierbare Gewohnheitsverbrecher“).

³⁰ Ebd. (an anderen Stellen auch: „unresozialisierbare Verbrecher“).

³¹ Ebd.

³² Ebd. Liszt betrachtet den Gelegenheitsverbrecher als einen „bisher unbescholtenen Täter“, der „in augenblicklicher, leidenschaftlicher Erregung oder unter dem Einfluss drückender Notlage [...] zu dem Verbrechen hingerissen wird“. Dagegen sollten „brutale Rohheit, gefühllose Grausamkeit, beschränkter Fanatismus, gedankenloser Leichtsin, unüberwindliche Arbeitsscheu, Trunksucht, geschlechtliche Lasterhaftigkeit“ zu „psychopathischen Zuständen“, bzw. Zustandsverbrechen führen – vgl. F. v. Liszt, Lehrbuch (wie Fn. 10), S. 11.

³³ F. v. Liszt, Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, ZStW 17 (1897), S. 82: Die Unterscheidung zwischen der Sicherungsstrafe gegen unverbesserliche Verbrecher und der Verwahrung gemeingefährlicher Geisteskranker ist nicht nur praktisch im wesentlichen undurchführbar, sie ist auch grundsätzlich zu verwerfen. Vgl. auch A. Koch, Binding vs. v. Liszt – Klassische und moderne Strafrechtsschule, [in:] E. Hilgendorf, J. Weitzel (Hg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, Berlin 2007, S. 138-139.

³⁴ In seinem Brief an A. Dochow, den Mitbegründer der ZStW, schrieb von Liszt wörtlich: „Sicherheitshaft für Gewohnheitsverbrecher: Arbeitshaus mit militärischer Strenge ohne Federlesen und so billig wie möglich, wenn auch die Kerle zugrundegehen“ – zitiert nach: A. Koch, Binding (wie Fn. 33), S. 136. Es sei betont, dass von Liszt eine besondere, sehr emotionale und rhetorische Ausdrucksweise benutzte – vgl. T. Stäcker, Die Franz von Liszt-Schule (wie Fn. 11), S. 20.

²² S. Ehret, Franz (wie Fn. 16), S. 175.

²³ J. Makarewicz, Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej (Strafrecht. Vergleichender Vortrag mit Berücksichtigung des in Polen geltenden Rechts), Warszawa – Lwów 1924, S. 9.

²⁴ J. Makarewicz, Prawo karne. Wykład (wie Fn. 23), S. 10. Dasselbe wurde buchstäblich in dem ersten Makarewicz's Lehrbuch von 1914 ausgedrückt: Prawo karne ogólne (Allgemeines Strafrecht), Kraków 1914, S. 6.

²⁵ J. Makarewicz, Prawo karne i prawa obywatela, odczyt wygłoszony dnia 20 stycznia 1936 r. w Auli Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie w czasie Akademii związanej z 275. rocznicą założenia Uniwersytetu, (Strafrecht und Bürgerrechte. Ein Vortrag gehalten am 20. Januar 1936 in der Aula der Johann-Kasimir-Universität in Lemberg) Lwów 1936, S. 105.

²⁶ Ebd., S. 99. Vgl. F. Cieplý, Środki zabezpieczające według koncepcji Juliusza Makarewicza (Sichernde Maßnahmen in der Konzeption von Juliusz Makarewicz), [in:] A. Grześkowiak, (Hg.), Prawo karne (wie Fn. 5), S. 293.

²⁷ F. v. Liszt schätzte die Wahlbergs Klassifikation als „bahnbrechend“ ein – vgl. ders., Lehrbuch (wie Fn. 19), S. 79. Vgl. auch M. Frommel, Franz (wie Fn. 2), S. 705; S. Galassi, Kriminologie im Deutschen Kaiserreich: Geschichte der gebrochenen Verwissen-

mehrmals den durch von Liszt verbreiteten Begriff des unverbesserlichen Gewohnheitsverbrechers benutzt³⁵. Er erklärte, dass dies ein Täter sei, „bei dem es eine so starke Tendenz zur Begehung von Straftaten gibt, dass keine Strafmaßnahmen, außer vielleicht der Todesstrafe, imstande wären, ihn von dem verbrecherischen Weg abzubringen“³⁶. Der Lemberger Gelehrte versuchte eine Begründung für die Existenz des Gewohnheitsverbrechertyps zu finden. Erstens wies er auf „das psychophysische System des Täters und seinen Charakter“ hin³⁷ und zweitens auf die Voraussetzung einer ständigen Wiederholung der begangenen Straftaten, trotz vorheriger Bestrafung³⁸. Ähnlich wie der deutsche Gelehrte stellte auch der polnische Professor den Gewohnheitsverbrechern die Gelegenheitsverbrecher gegenüber³⁹.

Makarewicz erweiterte den Blick auf die unverbesserlichen Verbrecher, indem er sie in drei Kategorien der Delinquenten einteilte: Rückfällige, Berufsverbrecher und Zustandsverbrecher⁴⁰. Die Unterschiede unter ihnen nannte er direkt, doch aus dem dogmatischen Blickpunkt nicht völlig präzise. Als Rückfälligen benannte er einen Verbrecher, der nach der Verbüßung der Strafe erneut eine strafbare Handlung beging⁴¹. Als Berufsverbrecher bezeichnete er einen Menschen, der „die Begehung von Straftaten als Einnahmequelle betrachtete“⁴². Die Bezeichnung „Zustandsverbrecher“ hat er einem Menschen zugedacht, der den verbrecherischen Weg wegen eines äußerst starken psychischen Zwanges „naturhaften Triebes zur Begehung von Straftaten, ohne einen finanziellen Grund“⁴³ wieder beschreitet. Zur Veranschaulichung wies er dabei auf Sexualtäter, Duellanten, Schläger, Ladendiebe, Wucherer und Falschspieler hin⁴⁴. Die Lektüre der Bearbeitungen des polnischen Professors beweist, dass er sich bei der Erläuterung der Tätertypen eher der Exemplifizierung bediente und nicht der Klassifizierung auf Grund der vorher angenommenen Sachkriterien.

Makarewicz zögerte nicht – im Geiste von Liszt – die Formulierung über die Zweckmäßigkeit der „Unschädlichmachung“ unverbesserlicher Täter zu gebrauchen. Er schrieb: „die früheren Gesellschaften hatten für solche Individuen die Todesstrafe, die das gesellschaftliche Leben von dem gefährlichen Abschaum reinigte. Die neuzeitliche Gesellschaft hat humanere Methoden zur Bekämpfung solcher Straftäter, sie hat sog. sichernde Maßnahmen, deren Aufgabe es ist, solche Typen von

dem Rest der Gesellschaft zu trennen, ihnen die Gelegenheit des Begehens von Straftaten und Ausübung eines strafbaren Berufes zu entziehen“⁴⁵.

V. Strafziele in der Auffassungen von Makarewicz und von Liszt

Franz von Liszt widmete der Strafe, ihrem Wesen, ihrer Evolution und ihren Zielen viele seiner Bearbeitungen⁴⁶. Mit Vorliebe analysierte er den Entwicklungsprozess der Strafe, in dem er die drei hypothetischen Hauptstufen unterschied: „Strafe als Triebhandlung“, „Objektivierung der Strafe“ und auch „Strafe als zweckbewusster Rechtsgüterschutz“⁴⁷. Unter den erwähnten Kategorien verbargen sich aufeinander folgend: ursprüngliche und gleichzeitig instinktive gesellschaftliche Reaktionen auf die Verletzung der Lebensbedingungen durch den Einzelnen, dann Verstaatlichung der Strafe und schließlich die Gestaltung der Strafe als Maßnahme zum Schutz der rechtlichen Ordnung. Auf diese Weise hat der Gelehrte der Strafe gesellschaftliche Funktionen zugeschrieben und ihren Zielcharakter bestimmt⁴⁸. Es gilt darauf hinzuweisen, dass sich von Liszt seit dem Anfang seiner Tätigkeit in Deutschland der damals dominierenden Vergeltungsstrafe entschlossen widersetzte. Den Befürwortern der Vergeltung warf er vor, dass sie das Ausmaß der Strafe dem Begriff der Straftat anpassen, es sollte aber der Tat des gegebenen Täters zugeordnet werden. Er betonte: „Repression und Prävention sind keine Gegensätze. Schwimme ich, weil ich ins Wasser gefallen bin oder damit ich nicht ertrinke? Nehme ich Medizin, weil ich krank bin oder damit ich gesund werde? Ziehen wir den Grenzkordon, weil im Nachbarlande Epidemie herrscht oder damit wir vor ihr verschont bleiben? Stütze ich das Haus, weil es baufällig ist oder damit es nicht einstürzt? Die Strafe ist Prävention durch Repression; oder wie wir ebenso gut sagen dürfen: Repression durch Prävention“⁴⁹.

In seinem Lehrbuch definierte von Liszt Strafe als ein „Übel, das der Strafrichter gegen den Verbrecher wegen des Verbrechens verhängt, um das gesellschaftliche Unwertübel über Tat und Täter zum Ausdruck zu bringen“⁵⁰. Der Gelehrte erklärte näher: „Zwei Merkmale bilden mithin den Begriff der Strafe: Sie ist 1. eine Verletzung des Täters in seinen rechtlich geschützten Interessen, ein Eingriff in Leben, Freiheit, Vermögen, Ehre des Verbrechers; sie ist aber 2. zugleich eine handgreifliche Missbilligung der Tat und des Täters“. In dem ersten Merkmal

³⁵ J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem (Kommentar zum Strafgesetzbuch), Lwów 1935, S. 38.

³⁶ J. Makarewicz, Zbrodnia i kara (Verbrechen und Strafe), Lwów 1922, S. 79. Vgl. F. Cieply, Środki (wie Fn. 26), S. 297.

³⁷ J. Makarewicz, Kodeks (wie Fn. 35), S. 27, 183.

³⁸ Ebd., S. 38-40.

³⁹ Ebd., S. 36; vgl. J. Makarewicz, Zbrodnia (wie Fn. 36), S. 85 und 146.

⁴⁰ J. Makarewicz, Kodeks (wie Fn. 35), S. 39-40.

⁴¹ Ebd., S. 170.

⁴² Der polnische Gelehrte betonte, dass Verbrechen gegen Vermögen von diesen Tätern in der Regel begangen werden – vgl. J. Makarewicz, Kodeks (wie Fn. 35), S. 36, 173. Vgl. F. Cieply, Środki (wie Fn. 26), S. 297.

⁴³ J. Makarewicz, Kodeks (wie Fn. 35), S. 36.

⁴⁴ Ebd., S. 173; vgl. J. Makarewicz, Zbrodnia (wie Fn. 36), S. 82.

⁴⁵ J. Makarewicz, Wzrost przestępczości w Polsce: ustęp z przemówienia wygłoszonego w Senacie Rz. P. 7 marca 1931 r. (Anstieg des Verbrechertums in Polen: Abschnitt aus der im Senat der Republik Polen gehaltenen Rede am 7. März 1931), Przegląd Prawa i Administracji 1931, S. 167.

⁴⁶ F. v. Liszt widmete der Problematik der Strafe nicht nur sein Marburger Programm (vgl. Fn. 9), sondern auch eine Reihe von ausführlichen Bearbeitungen u. d. T. Kriminalpolitische Aufgaben, ZStW 9 (1889), S. 452-498 und S. 737-782; ZStW 10 (1890), S. 51-83; ZStW 12 (1892), S. 161-194.

⁴⁷ C. Bohnert, Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, Pfaffenweiler 1992, S. 9-10. Die Autorin betont die Prägung der von Liszts Straftheorie durch die darwinistische Lehre – ebd., S. 14.

⁴⁸ S. Ehret, Franz (wie Fn. 16), S. 103-108.

⁴⁹ F. v. Liszt, Der Zweckgedanke (wie Fn. 9), S. 44-45.

⁵⁰ F. v. Liszt, Lehrbuch (wie Fn. 19), S. 251.

liegt die spezialprävenierende, in dem zweiten die generalprävenierende Wirkung der Strafe⁵¹.

Franz von Liszt nannte schließlich drei direkte Folgen der Strafe: Besserung, Abschreckung und Unschädlichmachung. Wie bereits oben erwähnt wurde, ordnete er jede Folge einer bestimmten Kategorie der Straftäter zu. Ein gezielter und erfolgreicher Rechtsgüterschutz verlangte nämlich, seines Erachtens, die Unschädlichmachung des Gewohnheitsverbrechers, die Besserung des Täters, der sich zur Besserung eignet und die Abschreckung des Gelegenheitsverbrechers⁵².

Makarewicz, ähnlich wie von Liszt, widmete der Problematik der Strafe sehr viel Aufmerksamkeit, indem er ihr Wesen, ihren Inhalt und ihre Ziele analysierte. Genauso wie der deutsche Gelehrte befand er für richtig, die Evolution der Strafe zu bearbeiten, die er als gemeinsame Rache einer Gesellschaftsgruppe bezeichnete, die im Laufe der geschichtlichen Entwicklung verschiedene Gestalten angenommen hat. Die Forschungsarbeiten des polnischen Professors stützten sich auf vertiefte ethnologische und rechtsvergleichende Studien und hatten gleichzeitig einen rechtsphilosophischen Charakter⁵³.

Makarewicz hat mehrmals klar und deutlich darauf hingewiesen, dass „die Strafe ihrem Wesen nach eine Vergeltung ist und nichts anderes. Alles andere, was sich mit der Strafe tatsächlich verbindet, oder verbinden soll, ist eine unwichtige Zugabe“⁵⁴. Diese Gedanken entwickelte er in seinem Lehrbuch. Als er den Unterschied zwischen Haupt- und Nebenstrafen analysierte, sah er in ersteren eine gerechte Vergeltung und in zweiteren dagegen eine Prävention der Kriminalität⁵⁵.

Vom Wesen der Strafe, die er als Vergeltung verstand, unterschied der polnische Professor den Inhalt der Strafe, den er mit der Spürbarkeit gleichsetzte⁵⁶. Im Geiste von Liszt führte Makarewicz aus: „Der Inhalt der Strafe ist der Entzug eines der Güter des Verbrechers, Tötung, Freiheitsentzug, Entfernung eines Körperteiles, Entzug des Verbleiberechts in einer gesellschaftlichen Gruppe, dieser, die ihn aus seiner Gemeinschaft ausschließt“⁵⁷. Nahe der Lisztschen Vorstellung kam auch die Verbin-

dung von Strafe und Tadel oder die Ächtung des Verhaltens des Täters von der Gesellschaft, über die der polnische Professor schrieb: „Zweifelloso steckt in jeder Strafe dieser Faktor der gesellschaftlichen Ächtung; jede gesellschaftliche Strafreaktion, die von ihrem Wesen aus eine gesellschaftliche Rache ist, stützt sich auf die Ächtung der Handlung des Täters“⁵⁸.

Makarewicz war nicht dagegen, Ziele für eine Strafe zu bestimmen, im Gegenteil – er betonte, dass ein wirksamer Kampf gegen die Kriminalität verlangt, der Strafe Ziele zu setzen, besonders der Spezialprävention⁵⁹. Aufgrund seiner Analyse des Strafsystems schrieb er über die Prävention u.a. in Bezug auf Freiheitsstrafen, lebenslängliches Gefängnis, Nebenstrafen, Bewährung⁶⁰ und vor allem in Zusammenhang mit sichernden Maßnahmen, die unten besprochen werden.

VI. Sichernde Maßnahmen nach von Liszt und Makarewicz

Franz von Liszt war weder Vater noch Anhänger der Auffassung von der Zweispurigkeit des Strafrechts⁶¹. Doch die Überzeugung von der Triftigkeit einer differenzierenden Strafreaktion war ihm nicht fremd. Bereits in seinem Marburger Programm deutete er an, dass die Unschädlichmachung des unverbesserlichen Straftäters auf seiner Einsperrung auf unbestimmte Zeit erfolgen sollte. Der Gelehrte urteilte, gemäß der geltenden Gesetzgebung, der Entwürfe der Strafreform und der Bestimmungen der Doktrin, dass die Einsperrung des unverbesserlichen Straftäters in der Tat auf „Strafknechtschaft“ beruht. Diesen Tatbestand akzeptierte er im Ganzen und wies darauf hin, dass die besprochene Strafe mit Zwangsarbeit und eiserner Disziplin verbunden sein soll, samt solcher Disziplinaßnahmen wie Prügelstrafe, Einzelzelle, Dunkelarrest, strengstes Fasten⁶². Dies war ein Postulat einer rücksichtslosen Behandlung der unverbesserlichen Straftäter⁶³.

Franz von Liszt erkannte die Ähnlichkeit zwischen den Isolierstrafen, die den unverbesserlichen Straftätern gegenüber angewendet wurden und der Isolierung der geistesgestörten Täter, die gleichzeitig für die Allgemeinheit gefährlich waren. In der Abhandlung von 1897⁶⁴ gab er zu, dass er keine theoretischen Grundlagen zur Differenzierung dieser Sanktionen findet⁶⁵. Dieser Feststellung

⁵¹ Ebd., S. 252.

⁵² Vgl. oben Fn. 10.

⁵³ Vgl. J. Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf Entwicklungsgeschichtlicher Grundlage, Stuttgart 1906. Über dieses Makarewicz's Werk vgl. S. Stübinger, Schuld, Strafrecht und Geschichte. Die Entstehung der Schuldzurechnung in der deutschen Strafrechtstheorie, Köln 2000, S. 267-282.

⁵⁴ J. Makarewicz, Prawo karne ogólne (wie Fn. 24), S. 17; identisch in seinem nächsten Lehrbuch Prawo karne. Wykład (wie Fn. 23), S. 19; ähnliche Äußerung in seinem Kommentar zum polnischen StGB: Kodeks (wie Fn. 35), S. 203: „die Strafe ist ihrem Wesen nach Vergeltung und bleibt Vergeltung für immer“. Im weiteren Text (S. 176) fügte der polnische Gelehrte hinzu: „die in der Strafe stekende Vergeltung sollte sich von dem künftigen gesellschaftlichen Nutzen leiten lassen, nicht von dem vergangenen gesellschaftlichen Schaden“.

⁵⁵ J. Makarewicz, Prawo karne. Wykład (wie Fn. 23), S. 235. Vgl. A. Grześkowiak, Kara w poglądach Juliusza Makarewicza, [in:] dies., (Hg.), Prawo karne (wie Fn. 5), S. 268-269.

⁵⁶ A. Grześkowiak, Kara (wie Fn. 55), S. 261. Vgl. M. Wąsowicz, Nurt socjologiczny w polskiej myśli prawnokarnej (Soziologische Strömung im polnischen Strafrechtsdenken), Warszawa 1989, S. 89-90.

⁵⁷ J. Makarewicz, Zbrodnia (wie Fn. 36), S. 88.

⁵⁸ J. Makarewicz, Prawo karne. Wykład (wie Fn. 23), S. 266.

⁵⁹ A. Grześkowiak, Kara (wie Fn. 55), S. 264-267. Der Lemberger Gelehrte wies in diesem Zusammenhang stets auf die Notwendigkeit der Sicherung der Gesellschaft vor dem gewerbsmäßigen Verbrechertum hin – vgl. J. Makarewicz, Kodeks (wie Fn. 35), S. 27, 40, 128, 178, 201, 205 ff.

⁶⁰ J. Makarewicz, Kodeks (wie Fn. 35), S. 124-125, 128, 178, 183-184, 201.

⁶¹ Vgl. unten Fn. 69.

⁶² F. v. Liszt, Der Zweckgedanke (wie Fn. 9), S. 39-40.

⁶³ W. Naucke, Die Kriminalpolitik (wie Fn. 7), S. 247.

⁶⁴ F. v. Liszt, Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit. Vortrag, gehalten am 4. August 1896 auf dem III. Internationalen Psychologen-Kongress, ZStW 17 (1897), S. 70-84.

⁶⁵ Ebd., S. 82: „So komme ich zu dem m. M. nach unabweislichen Ergebnisse: Die Unterscheidung zwischen der Sicherungsstrafe gegen unverbesserliche Verbrecher und der Verwahrung gemeingefährlicher Geisteskranker ist nicht nur praktisch im Wesentlichen undurchführbar, sie ist auch grundsätzlich zu verwerfen“.

folgte jedoch kein Postulat der Einführung einer einheitlichen Strafreaktion in Form einer sichernden Maßnahme gegenüber den beiden erwähnten Kategorien von Tätern. Franz von Liszt erklärte, dass der Unterschied zwischen dem „Verbrechen“ und dem „Wahnsinn“ so stark in der deutschen Rechtskultur verwurzelt ist, dass der Gesetzgeber diesen Tatbestand nur stufenweise und vorsichtig ändern kann⁶⁶.

Von Liszt änderte sein Verhältnis zu den sichernden Maßnahmen nicht, auch nicht Anfang des 20. Jhs., als ihm die neusten Vorhaben der Strafrechtsreform und die Entwürfe der Strafrechtsgesetzbücher in Europa und auch in Deutschland bekannt wurden und zur Beurteilung vorlagen; viele von ihnen sahen ein dualistisches Rechtsfolgensystem vor. Der Gelehrte betonte weiterhin den strittigen Charakter der sichernden Maßnahmen und die Unmöglichkeit, diese den Strafen klar gegenüberzustellen. In seinem Lehrbuch schrieb er zu dieser Zeit: „Das Verhältnis der sichernden Maßnahme zur Strafe ist sehr bestritten. Die scharfe Entgegensetzung der beiden Begriffe, wie sie sich bei v. Birkmeyer⁶⁷ und anderen findet, widerspricht den tatsächlichen Verhältnissen. [...] Aber wenn die sichernde Maßnahme an die Begehung einer strafbaren Handlung geknüpft ist, so kann sie sehr wohl das Wesen der Strafe (ein mit dem Unwerturteil verbundenes Übel) in sich aufnehmen, und zwar auch vom Standpunkt der Vergeltungstheorie aus. [...] Die beiden Rechtsinstitute verhalten sich also wie zwei sich schneidende Kreise: Die reine Abschreckungsstrafe (Vergeltungsstrafe) und die reine sichernde Maßnahme stehen zueinander im Gegensatz; innerhalb des ihnen gemeinsamen Gebiets aber kann die sichernde Maßnahme an die Stelle der Strafe treten [...] und umgekehrt“⁶⁸.

Als erfahrener Jurist bemerkte von Liszt auch, dass im Falle der Anwendung von sichernden Maßnahmen ein Konflikt entstehen kann, zwischen dem Schutzbedürfnis der Gesellschaft und der Garantie der individuellen Freiheit. Diese Frage aber beschäftigte ihn nicht weiter. Gegen Lebensende äußerte er lediglich die Vermutung, dass die künftige Entwicklung des Strafrechtes zur Ausgliederung der sichernden Maßnahmen aus dem Strafrecht führen wird und zu ihrer Eingliederung in die Sondergesetze⁶⁹.

Makarewicz war ein großer Befürworter der sichernden Maßnahmen, ähnlich wie viele andere damalige Juristen, die nach neuen Formen der Vorbeugung der wachsenden Kriminalität suchten. Vorbilder schöpfte er aus der Doktrin, der Gesetzgebung und aus den Erfahrungen anderer Länder. Er berief sich auf den berühmten Ent-

wurf des Schweizer Strafgesetzbuches von 1893⁷⁰. Außerdem erinnerte der polnische Gelehrte an ehemalige, bereits schon historische Maßnahmen, die dem Kampf gegen das chronische und gefährliche Verbrechen dienten⁷¹.

Makarewicz lieferte keine breitere dogmatische Begründung für das dualistische Rechtsfolgensystem. Die Aufteilung zwischen den Strafen und den sichernden Maßnahmen versuchte er auf das Zielkriterium zu stützen. Er erklärte: „Eine Strafmaßnahme ist ein gesellschaftlicher Reaktionsakt repressiven Typs (gesellschaftliche Rache), die sichernde Maßnahme ist ein gesellschaftlicher Reaktionsakt präventiven, vorbeugenden Typs“⁷².

Im allgemeinen vertrat der Lemberger Gelehrte einen pragmatischen Standpunkt, indem er sich nach den Anforderungen einer wirksamen Kriminalpolitik richtete und auf die Erfahrungen anderer Länder berief. Die Ausgliederung der sichernden Maßnahmen aus der Strafe erklärte er einfach als notwendig; ihr Ziel sollte der Schutz der Gesellschaft sein und ihr Inhalt Isolation⁷³. Makarewicz äußerte die Überzeugung, dass „die sichernden Maßnahmen eine neue Erscheinung sind, ein Kennzeichen des 20. Jhs., sowie der Glaube an Gefängnisse und Strafvollstreckungssysteme das 19. Jh. erfüllt“⁷⁴. Im Lehrbuch von 1924 wies er deutlich auf Kategorien der Straftäter hin, vor denen die Gesellschaft mit Hilfe von sichernden Maßnahmen geschützt werden sollte; zu diesen zählte er: Berufsverbrecher, Gewohnheitsverbrecher, teilweise Anormale, Alkoholiker, Personen, die arbeitsscheu sind. Nachdrücklich behauptete er, dass der Kampf gegen diese Art des Verbrechens nach „einem Arsenal neuer Reaktionsmethoden gegen das zunehmende Phänomen der gesellschaftlichen Pathologie“ verlangt⁷⁵.

Makarewicz dachte lange über die Dauer der sichernden Maßnahmen nach. Im Allgemeinen setzte er, ähnlich wie Karl Stooss, voraus, dass die Zeitdauer der Isolation des Straftäters im Rahmen einer sichernden Maßnahme nicht gesetzlich empfohlen oder begrenzt werden darf⁷⁶. Er schrieb sogar, die Isolation solle dauern „so lange, wie lange es nötig ist, also bis ein Alkoholiker Ekel vor Alkohol empfindet, ein Nichtstuer arbeitsam wird, ein Kranker geheilt ist, usw.“⁷⁷. Letztlich, unter Berücksichtigung der Rechtskultur der polnischen Gesellschaft, empfahl er für das erste Strafgesetzbuch des unabhängigen Polens die sichernden Maßnahmen als Ergänzungssanktionen,

⁶⁶ A. Koch, Binding (wie Fn. 33), S. 138-139.

⁶⁷ Karl von Birkmeyer (1847-1920), Vertreter der klassischen Strafrechtsschule, wissenschaftlicher Gegner von F. von Liszt, veröffentlichte 1907 eine bekannte Bearbeitung „Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig?“. Vgl. D. Lang-Hinrichsen, Birkmeyer, Karl von, Neue Deutsche Biographie 2 (1955), S. 258.

⁶⁸ F. v. Liszt, Lehrbuch (wie Fn. 10), S. 247.

⁶⁹ S. Ehret, Franz (wie Fn. 16), S. 90. Vgl. Liszts Ansichten in seiner Bearbeitung 'Die Sichernden Maßnahmen' in den drei neuen Strafgesetzentwürfen, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 3 (1909/10), S. 610 ff.

⁷⁰ Vgl. P. Kaenel, Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafrecht, Bern 1981, S. 97 ff.

⁷¹ J. Makarewicz, Prawo karne. Wykład (wie Fn. 23), S. 284; vgl. ebd., S. 294-296.

⁷² J. Makarewicz, Kodeks (wie Fn. 35), S. 51; ders., Prawo karne. Wykład (wie Fn. 23), S. 293.

⁷³ Vgl. F. Cieply, Środki (wie Fn. 26), S. 291-292.

⁷⁴ J. Makarewicz, Kodeks (wie Fn. 35), S. 38.

⁷⁵ J. Makarewicz, Prawo karne. Wykład (wie Fn. 23), S. 27; vgl. ebd., S. 294-296.

⁷⁶ J. Makarewicz, Kodeks (wie Fn. 35), S. 60. K. Stooss war der Überzeugung, dass „die Dauer der Strafe [...] durch die Schuld des Täters bestimmt (ist), die Dauer der sichernden Maßnahme durch ihren Zweck“ – vgl. P. Kaenel, Die kriminalpolitische Konzeption (wie Fn. 70), S. 118 und F. Cieply, Środki (wie Fn. 26), S. 292-293.

⁷⁷ J. Makarewicz, Prawo karne. Wykład (wie Fn. 23), S. 296.

wobei ihre Mindestdauer auf 1 bis 5 Jahre bestimmt wurde. Über die Maximaldauer sollten Richter entscheiden⁷⁸.

VII. Zusammenfassung

Liszts Programm stützte sich auf die Idee einer präventiv orientierten, zweckmäßigen Strafe und auf die Tätertypenlehre, an die Freiheitsstrafen angepasst wurden. Ein wesentliches Motiv in seiner Doktrin war die Kriminalpolitik. Die Grundlage des Programms von Makarewicz war eine Strafe, die als eine gerechte Vergeltung zu betrachten war; doch sie sollte auch der Sonderprävention dienen. Zum Hauptgegenstand der Doktrin des polnischen Professors wurden neben der Strafe die sichernden Maßnahmen mit Isoliercharakter, die die Gesellschaft vor gefährlichen Verbrechern schützen sollten.

Trotz vieler Unterschiede erschienen in den Programmen beider Gelehrter ähnliche Elemente. Ein gemeinsamer Nenner war vor allem die Kritik der bisherigen Methoden zur Bekämpfung von Kriminalität und das sie begleitende Streben nach neuen wirksamen Wegen im Kampf gegen die Rückfälligkeit und das Berufsverbrechen. Makarewicz knüpfte direkt an die Tätertypenlehre von Liszt, und besonders an seinen Begriff des unverbesserlichen Straftäters und das Postulat, diesen unschädlich zu machen, an. Weder dem deutschen, noch dem polnischen Professor gelang es, eine breitere theoretische

Begründung für die einzelnen Tätertypen zu schaffen – beide begrenzten sich nur auf eine Darstellung konkreter Beispiele von diesen. Makarewicz adoptierte jedoch direkt die Formel von Liszt für das Strafgesetzbuch als magna charta des Verbrechers.

Die wichtigsten Unterschiede im Gedankengut des verdienten Deutschen und des großen Polen beruhten auf einer andersartigen Vorstellung vom System der Strafreaktion. Franz von Liszt beobachtete distanziert die wachsende Popularität der sichernden Maßnahmen. Der Gelehrte bemerkte, dass die Funktionen der Isolierungsstrafe, die ein unverbesserlicher Häftling verbüßt, den Isolierzwecken ähnlich sind, die gegen einen gefährlichen geistesgestörten Täter angewendet werden; er sah aber keine Notwendigkeit der dualistischen Strafrepression. Makarewicz, inspiriert von der Ideologie der soziologischen Schule in Europa, von neuen Entwürfen der Strafrechtsreform und der ausländischen Strafvollzugspraxis, überzeugte von der Zweckmäßigkeit und Dringlichkeit der Entscheidung, neben den einfachen Strafen die sichernden Maßnahmen zu bestimmen.

Juliusz Makarewicz erlebte noch eine praktische Krönung seiner Theorie – viele seiner Grundgedanken wurden in das polnische Strafgesetzbuch von 1932 aufgenommen. Franz von Liszt – aus verschiedenen Gründen – wurde zuerst in keinen der deutschen Ausschüssen für die Strafrechtsreform geladen und erlebte dann auch nicht die Änderungen, die durch seinen Programm inspiriert wurden, denn diese wurden erst in der Weimarer Republik eingeführt, also bereits nach dem Tode des Gelehrten.

⁷⁸ Vgl. F. Cieply, Środki (wie Fn. 26), S. 300. Über das polnische StGB von 1932 vgl. im deutschen Schrifttum: R. Busch, Kritische Bemerkungen zum polnischen Strafgesetzbuch, ZStW 55 (1936), Hf. 3, S. 621–641; W. von Gleispach, Das polnische Strafgesetzbuch, Zeitschrift für Ostrecht 7 (1933), S. 331–347; K. Klee, Das Strafgesetz für die Republik Polen vom 11. Juli 1932, deutsch übersetzt, Warschau 1932, Archiv für Strafrecht 77 (1933), S. 154–155. Vgl. auch die Bearbeitung von der Autorin (wie Fn. 13).

Endeavours for International Unification of Law in the Interwar Period

Anna Moszyńska

The aim of this article is to present the idea of international unification of law and efforts for its realization in the interwar period. The text focuses mainly on the obligation law, because the endeavours for harmonization were firstly aimed at that branch of law. Firstly, the author presents the history of the Franco-Italian Draft Code of Obligations and Contracts of 1927 and the particular role it played in the worldwide unification of law. Further attention is devoted to the collaboration of Italian and German lawyers, whose aim was to harmonize the law in the spirit of national-socialist and fascist rules. Subsequently, the cooperation of the lawyers from the Slavic countries is presented. Final remarks are devoted to a number of diverse activities undertaken to bring the legal systems of the different countries closer together.

I. Introduction

“Nothing makes the lawyers closer than one unified law and nothing makes the lawyers more divided than a different law”¹. These words were said on the First Congress of Lawyers of the Slavic States held in Bratislava in 1933. They are an expression of the idea which was especially vivid in the interwar period – the idea of international unification of law. It was an unusual idea that far exceeded the reality. Even today, in the time of the debate on

Common European Civil Code, this is the path we tread, but we have not yet completed.

The genesis of the movement for international unification of the law can be sought even before the interwar period, but it was in the 1920s and 1930s that the movement took on intensity. The aim of this article is to present the progressive activities of lawyers from almost 100 years ago, their purposes and intentions, which still remain in the sphere of projects.

The efforts towards international unification were firstly aimed at the law of obligations. Why exactly this part of the civil law? The obligation law showed the most simila-

¹ R. Longchamps de Brier, Zjednoczenie prawa obligacyjnego w państwach słowiańskich. Referat główny, reprint from Przegląd Prawa i Administracji, Lwów 1933, p. 3.

city between European countries. Everywhere it was based on the rules drawn from the Roman law. However, the foremost meaning of the obligation law was above all related to extralegal issues. Economic factors were of decisive importance – the law of obligations was a significant element from the point of view of economic activity. Uniform law in this area enabled the development of trade between countries, unhindered by legal barriers.

II. Franco-Italian Draft

The idea of international unification was formulated already in the days of the First World War. The first and most outstanding expression of this trend was the joint Franco-Italian Draft Code of Obligations. The initiator of this “legislative approximation” of France and Italy was Vittorio Scialoja, professor of Roman law at the University of Rome. In 1916, in the journal *Nuova Antologia*, Professor Vittorio Scialoja called for the creation of a common legislation for allied countries². His appeal was published under the title: *Per un'alleanza legislativa fra gli stati dell'intesa* – For legislative unity between allied states. The appeal of Professor Scialoja was not limited only to the obligation law – he advocated for the unification of the law of different nations in all issues in which the similarity of social relations allowed for the introduction of identical legislation³.

Already in the autumn of 1916, under the leadership of Vittorio Scialoja, the Italian Committee for the Legislative Unification of Befriended Nations was established in Milan⁴. The French responded promptly – at the end of the same year, a French Committee for the Legislative Unification of the Allied and Friendly Nations was established in Paris⁵. Its chairman became prof. Ferdinand Larnaude, the dean of the Faculty of Law of Université de Paris. Both committees were a private initiative of Italian and French scholars but gained official support and became the commission under the auspices of the King of Italy and the French Ministry of Justice⁶. The members of both committees, after several joint meetings, decided that a draft of a common obligation law will be prepared

in the first place. It was considered that the law of obligations was the most similar in the current Roman codes. After that first rapid and spontaneous reaction, the works definitely slowed down. From the first meeting of both committees, nearly nine years had passed since the first “draft of the law of contracts in general” was issued⁷. Many prominent lawyers of that period were involved in this project. On the Italian side, apart from V. Scialoja, the contributions were made by: A. Ascoli, G. C. Buzzati, G. Segré, R. De Ruggiero, A. Azara. On the French side, apart from F. Larnaude, the following should be mentioned: A. Colin, H. Capitant and M. G. Ripert⁸.

Work was divided between two committees. The preparation of certain chapters was entrusted to the Italian commission, the other to the French committee. Then the texts were exchanged for an opinion. In 1927 the final text of the “Draft Code of Obligations and Contracts” was announced. The draft was quite extensive: it consisted of over 700 articles. It was accompanied by a detailed report prepared by the speakers: A. Ascolini, R. De Ruggiero, H. Capitant, A. Colin and M. G. Ripert⁹.

The draft was not an attempt to introduce a completely new codification, separate from the existing codes in Italy and France. The members of the Franco-Italian Committee⁹ also did not undertake the task of working out a certain compromise between the two systems of law clashing in Europe: the Germanic system and the Roman system¹⁰. They focused first and foremost on the integration work aimed at unifying the law of obligations of those countries whose civil law was modelled on the Napoleonic codification¹¹. For these reasons, the Napoleonic Code (Title III, Book IV) was the basis of the work of the Franco-Italian committee. The project eventually became a modification of the French Code, more suitable for socio-economic relations of the early twentieth century: old regulations were removed or replaced with new ones, regulations which raised doubts in practice were altered, legal gaps were supplemented. The provisions of the Napoleonic Code were adapted to the requirements of doc-

² V. Scialoja, *Per un'alleanza legislativa fra gli stati dell'intesa*, *Nuova Antologia* 1916, pp. 451-452.

³ M. G. Ripert, *Préface* (in: P. Viforeanu, *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé*, Paris 1932, p. I.

⁴ Comitato italiano per un'alleanza legislativa fra nazioni amiche. See more: F. Maroi, *Il progetto italiano-francese sulle obbligazioni*, I. – parte generale, Modena 1928, p. 3 and 5. The detailed information on the genesis and history of the Franco-Italian Draft is contained in the report of both committees published with the text of the draft (*Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti*. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927 – Anno VI. *Projet de Code des obligations et des contrats*. Texte définitif approuvé à Paris en Octobre 1927. Roma. Provveditorato Generale dello Stato. Libreria 1928. Anno VI, s. XXIII – XXXVII). On this issue, see also: P. Viforeanu, *Contribution à l'étude...* (especially the preface by G. Ripert) and R. Demogue, *L'unification internationale du droit privé*, Paris 1927.

⁵ Comité français pour l'union législative entre les nations alliées et amies.

⁶ M. Rotondi, *The Proposed Franco-Italian Code of Obligations*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 3, No. 3 (Summer, 1954), p. 345; S.G. Vesey-FitzGerald, *The Franco-Italian Draft Code of Obligations, 1927*, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 14, No. 1 (1932), p. 1.

⁷ L. Domański, *Prawo o zobowiązaniach w ogólności według projektu komitetu francuskiego do spraw zjednoczenia ustawodawczego*, *Gazeta Sądowa Warszawska* 1926, No 1, p. 2. This draft consisted of 291 articles and was published in 1925 in *Bulletin de la société d'études législatives*, p. 255 and the subsequent pages.

⁸ *Progetto di Codice...*, pp. CLXXX-CLXXXI. The Secretaries, who also signed under the text of the report, were A. Azara and J. Bouteron.

⁹ As mentioned above, there were two separate committees: French and Italian. These committees, however, held joint meetings, and for this reason were often named together as “Franco-Italian Committee” (e.g. L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Wrocław 2000, p. 399; Idem, *Wpływ obcych ustawodawstw i doktryny prawa na polską kodyfikację prawa prywatnego w Drugiej Rzeczypospolitej*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa. Zeszyty Prawnicze* 2005, Issue 13, p. 65).

¹⁰ I intentionally pass over the Anglo-Saxon law system. It was perceived by the lawyers of that time as an isolated system and most resistant to the unification tendencies (see R. Longchamps de Bérrier, *Zjednoczenie prawa obligacyjnego...*, p. 5).

¹¹ On the motives of such a solution see more: A. Azara, *Della locazione secondo il progetto italo-francese per un codice unico delle obbligazioni e dei contratti (Disposizioni generali)*, *Rivista di diritto civile* 1928, No. 6, p. 522.

trine and jurisprudence of the early twentieth century. Apart from the French law, wide source materials were included. Not only the provisions of the German, Swiss, Brazilian (1916) and Austrian codes, but also the most recent legal tendencies contained in legislative proposals (e.g. the Hungarian Draft Code) were taken into account¹². Already in the course of work on the Franco-Italian Draft, some countries of the Roman system (Belgium, Greece, Canada, Romania) have announced its acceptance in advance¹³.

Such successful unification work was, however, interrupted. The political situation of both countries changed, and the legislators' attention was firstly pinpointed by current political problems. Only in 1935 the French and the Italians returned to the concept of a common code of obligations. Representatives of both countries met in Paris to continue their unification work and introduce the necessary changes to the draft of 1927¹⁴. They even planned to include commercial contracts in the draft. Unfortunately, the work did not lead to the publication of any official text. The last meeting of the Franco-Italian Committee took place in Rome in 1936. Soon the Italians undertook cooperation in the field of common obligation law with Germany, guiding unification efforts on completely new tracks.

The work on a joint Franco-Italian code ended at this stage. The draft of 1927 was neither updated nor has it entered into force in any country. Both, the Italians and the French reformed their civil law separately, abandoning the idea of unifying their legal orders. However, the efforts of these outstanding lawyers were not wasted. The work of the Franco-Italian Committee affected the codification in other countries and influenced, among others, on the Albanian Civil Code of 1928, the Romanian Civil Code of 1940¹⁵ and the Greek Draft Code of Obligations¹⁶. The Franco-Italian Draft also played a special role in the discussion on the unification and codification of Polish contract law¹⁷.

The Franco-Italian Draft faced different opinions of the doctrine representatives. In addition to the wide circle of enthusiasts and strong supporters of the draft, there were

also critical voices¹⁸. This criticism went in two main opposing directions. Some authors believed that the idea of a common code for two countries was utopian or at least premature¹⁹. Others stated that unification of the law was too narrow and should not be limited to France and Italy²⁰. The draft itself was criticized as "not enough innovative"²¹.

III. German-Italian cooperation

The Franco-Italian Draft was not the only expression of the tendency for international unification of the contract law. Italian and German lawyers also tried to create a common draft of obligations²². The main aim of this draft was to improve the economic relations between these countries, basing their trade on a national-socialist and fascist rules²³. Like the cruelties of the Great War inspired Italian and French lawyers to cooperate in the legal field, the preparations for World War II brought the Italian and German jurists closer together.

One of the initiators of this approximation was Hans Frank, since 1933 the Minister of Justice in the Bavarian government, and subsequently in the Reich government. In 1936 he met with the Italian Minister of Justice – Arrigo Solmi²⁴. The cooperation was easier thanks to the fact that H. Frank was fluent in Italian. The fruit of this meeting was, among others, a joint German-Italian Commission founded on 2 November 1937 in Berlin. Otto Thierack, President of the People's Court (Volksgerichtshof), became the chairman of this commission on the German side²⁵. On the Italian side, the commission was headed by Mariano d'Amelio, the President of the Cassation Tribunal in Rome. The tasks of the commission included: mutual information on the state of legislative activities, exchange of knowledge in legal and political sciences, exchange of scientific staff, common agreement on the program of readings, initiating joint conventions, meetings and exchanges of legal literature²⁶.

The first congress of the commission was held from 1 to

¹² A. Saffa, C. Vivante, *Intorno al "Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti"*, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni 1928, No. 26, p. 295; L. Domański, *Prawo o zobowiązaniach...*, p. 273.

¹³ S. Plaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, Part 3 (okres międzywojenny), Kraków 2001, pp. 158-159.

¹⁴ M. Rotondi, *The Proposed Franco-Italian Code...*, p. 346. At that time in the work there participated among others: M.M. Picard, C. Vivante, A. Saffa, A. Rocco (*Ibidem*, p. 346).

¹⁵ This code was passed and promulgated, but its entry into force was postponed indefinitely due to the abdication of the king (S. Plaza, *Historia prawa...*, Part 3, p. 70).

¹⁶ M. Rotondi, *The Proposed Franco-Italian Code...*, p. 346. The Greek Civil Code, finally adopted in 1940 (due to warfare entered into force in 1946) was, however, modelled rather on the German law than on the Franco-Italian Draft. Approximately ¾ of the obligation law regulation has been taken almost literally from the BGB (S. Plaza, *Historia prawa...*, Part 3, p. 63).

¹⁷ See more: A. Falkowska, *W kierunku wspólnego kodeksu zobowiązań – projekt francusko-włoski z 1927 r.*, in: *Koncepcje integracji w Europie w XX i XXI wieku. Prawo i stosunki międzynarodowe*, Toruń 2008, pp. 143-147.

¹⁸ For critical comments on the draft see the extensive article by R. Ruggiero, *Il progetto del codice delle obbligazioni e dei contratti dinanzi alla critica*, in: *Studi in onore di Alfredo Ascoli pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina 1931.

¹⁹ M. Rotondi, *The Proposed Franco-Italian Code...*, p. 346.

²⁰ *Ibidem*, p. 346.

²¹ R. Ruggiero, *Il progetto del codice...*, p. 776.

²² See: G. Vassalli, *Per un diritto unico delle obbligazioni*, *Lo Stato. Rivista di scienze politiche, giuridiche ed economiche* 1939, p. 206.

²³ S. Plaza, *Historia prawa...*, Part 3, p. 158. Compare also with statement by Alberto Asquini quoted in: C. Joerges, *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and Its Legal Traditions*, Oxford 2003, p. 60.

²⁴ Arrigo Solmi already had experience in unification work. In 1928, being an MP and professor at the University of Pavia, as the King of Italy representative, he took part in the work on the changes to the Berne Convention on the Protection of Literary and Artistic Works. Vittorio Scialoja also participated in this work.

²⁵ Otto Georg Thierack for more than 6 years was the President of the People's Court and from 1942 until the fall of the Third Reich he served as the Minister of Justice. He was also the chairman of the German Law Academy. See more: S. Schädler, "Justizkrise" und "Justizreform" im Nationalsozialismus, *Band 61 Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts*, Tübingen 2009, pp. 90-98.

²⁶ *Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse*, Vol. III, *Ausschuß für Personen-, Vereins- und Schuldrecht*, 1937-1939, Berlin-New York 1992, p. XXXVI.

25 June 1938 in Rome. During this meeting, the reform of the people's law (*Volkerrechts*), definition of ownership and issue of foreign legal entities were discussed²⁷. However, a debate on the unification of the contract law played a leading role. In his speech, H. C. Nipperdey, a member of the German Law Academy, pointed out that Italy and Germany are at the stage of the private law reform. Both nations have also a common base, a historical basis in the field of the private law, and particularly, in the law of obligations. This common base was the Roman private law over hundreds of years, and in the area of contract law both countries remained faithful to this classical model, although German and Italian practice went its own ways. The nineteenth century codifications created national intricacies. However, until today, "a far-reaching community of spirit, legal ideas and forms" remained. For these reasons, H. C. Nipperdey believed that it was very desirable for both countries to exchange their experiences in reforming their contract law and to walk the major part of this path together. Experience showed that the postulate of a unified law had a much greater chance of success between two nations than broadly defined plans on a global, European or continental scale. The aim was not a systematic unification, but in the area of the contract law the joint areas prevailed so much over the differences, that the attempt of closer cooperation seemed very advisable²⁸. H.C. Nipperdey considered the Franco-Italian Draft of the Code of Obligations and Contracts of 1927 as the best base for further discussion on this topic²⁹.

Furthermore, during the session in Rome, lawyers pointed to the changes in Italian and German law in the new political reality. Hans Carl Nipperdey stated that by remaining faithful to the fundamental principles of private property, freedom of contract, free competition, freedom of association, both nations noticed that these principles definitively changed their meaning in fascist and national-socialist interpretations. Both nations saw that the aim of these principles was not to protect individuals from the excessive state power, but reshaping social life in the interests of the community, for the good of the whole nation³⁰.

The next step in the process of legislative rapprochement between these two countries was signing of the bilateral cultural cooperation agreement on 23 November 1938. One of the provisions of this agreement provided that Germany and Italy undertake to support a joint commission on cultivation and intensification of the cooperation in the field of legal sciences, particularly development and unification of law, founded by the German Law Academy in Berlin and the Italian-German Legal Committee in Rome³¹.

The next meeting of the German-Italian Committee was held between 6 and 11 March 1939 in Vienna. During this meeting, the following issues were discussed: judge and Act in a totalitarian state, patent law, contract law, race and law³². Each topic was referred by representatives of both sides: German and Italian³³.

Organizing another conference after the outbreak of World War II was far more difficult. In 1940 and in 1941 the organization of a joint meeting of German and Italian lawyers proved impossible. Instead of the congress planned for 1941, only the meeting of the German group was held at the seat of the German Law Academy in Berlin on 6 February³⁴. The subject matter of this meeting were diverse topics, sometimes from very distant branches of law, such as juvenile criminal law, the main principles of the law of person, the control of the state over the natural resources. These issues, however, were of particular importance for the creation of the new legal order of the Third Reich.

In 1943 Friedrich Wimmer, the former Secretary of the State and then General Commissioner for Administration and Justice in the Netherlands, became the new chairman of the German-Italian Committee from German side, after the changes in the Ministry of Justice of the Reich and in the German Law Academy³⁵. In the same year, F. Wimmer paid a visit to the Italian commission, from which the brief protocol was preserved³⁶. During this meeting, subjects for the forthcoming joint debates of German and Italian lawyers were agreed, which largely coincided with the topics of the previously mentioned meeting at the German Academy of German Law on 6 February 1941³⁷. However, this meeting never took place.

IV. Congress of Lawyers of the Slavic States

The idea of international unification of the law was once more expressed on the First Congress of Lawyers of the Slavic States held in Bratislava on 8-10 September 1933. This congress was organized by four countries: Poland, Czechoslovakia, Yugoslavia and Bulgaria. The initiative of organizing such conference was launched in 1930 at the 3rd Congress of Czechoslovak Lawyers, attended also by the delegations from other Slavic countries. The Congress of Lawyers of the Slavic States was very well

³² Ibidem, p. XXXVII; C. Joerges, *Darker Legacies...*, p. 61.

³³ E.g., lectures on "Race and Law" were delivered by F. Ruttke from the German side and C. Costamagna and L. Picardy from the Italian side (*Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle...*, p. XXXVII. See also: C. Costamagna, *Razza e diritto al Convegno italo-tedesco di Vienna, Lo Stato. Rivista di scienze politiche, giuridiche ed economiche*, X (aprile 1939), pp. 129-146.

³⁴ *Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle...*, p. XXXVII.

³⁵ Ibidem.

³⁶ The weekly visit took place between 3 and 10 July 1943. The minutes of meetings were preserved in Koblenz (Vgl. BA Koblenz R 61/430) – see: *Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle...*, p. XXXVIII.

³⁷ At the next meeting, the German-Italian Committee was to deal with the following issues: common rules (*Grundzüge*) of the personal law, the control of the mineral wealth and land ownership by the state, criminal law on juveniles, legal protection of workers abroad, political and legal problems in creating new rules of civil proceedings, two other subjects from the public law (*Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle...*, p. XXXVIII).

²⁷ The papers were published, among others, in: A. Somma, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt a.M. 2005.

²⁸ *Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle...*, pp. 730-731.

²⁹ M. Rotondi, *The Proposed Franco-Italian...*, p. 346.

³⁰ C. Joerges, *Darker Legacies...*, p. 60.

³¹ Article 7 of the agreement. *Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle...*, p. XXXVI.

prepared: the arrangements took almost 4 years³⁸. Already in 1931 the organizing committee was set up. A Slovakian attorney, Cyryl Bařinka from Bratislava, became the Secretary General. In the following year speakers were appointed. All papers were published before the congress, so that all participants could get acquainted with their content. Likewise, the "Slavonic comparative legal dictionary" was distributed in advance³⁹. It was prepared by the Language Committee of the Congress to facilitate discussion during the conference⁴⁰.

The congress was held on a great scale, including the number of members. Nearly one and a half thousand lawyers came to Bratislava (about 1000 from the hosts party, 180 from Yugoslavia, 80 from Poland and 70 from Bulgaria)⁴¹. The guiding thought of the entire Congress was the rapprochement of Slavic lawyers, both on scientific and personal field, and verification of whether, and to what extent, it is possible to unify the laws of the individual Slavic countries⁴².

The issue of the congress was very wide. The participants debated in 10 sections: private law, commercial law, enforcement law, criminal law, administrative law, national economy, history of Slavic law, international law, church law, sociology⁴³. In the section dealing with the private law, the main lecture focused on the unification of the obligation law in the Slavic states⁴⁴. It was delivered by an excellent Polish lawyer, Roman Longchamps de B rier, professor of the Lviv University⁴⁵. The problem of unification of the obligation law was therefore only one of the many issues discussed at the convention, although in private law section it was treated as a priority. During the congress, the necessity of unifying turnover, as the factor which facilitates human coexistence, was strongly emphasized⁴⁶.

In the final conclusions the congress adopted the postulates of prof. R. Longchamps de B rier. The unification of the obligation law in the Slavic countries was considered as desirable. However, it was supposed to run gradually, and its first stage should be an internal unification of the contract law in Czechoslovakia, Yugoslavia and Poland. In these three countries ten codes were in force, not including the non-codified Hungarian law. Only Bulgaria could boast on their Act on obligations and contracts of

1893, common for the whole country.⁴⁷ The fact that the states which themselves were struggling with the multifariousness of their own legal systems were able to engage in a lively discussion on the problem of international law unification, therefore deserves greater attention and admiration. Professor Longchamps de B rier proposed that the final unification of the obligation law in the Slavic countries should be conducted by means of international conferences. Importantly, the participants of these conferences should also be the states remaining in close economic relations with the Slavic countries. The professor considered that at least neighbouring countries should be included: Romania, Hungary, Austria, Greece, Italy, Germany. The internationalization of the obligation law should also cover these states, and not be limited to the Slavic countries⁴⁸.

V. Other efforts

During the two interwar decades, besides the above-mentioned drafts and conferences, a number of diverse activities were undertaken to bring the legal systems of the individual countries closer together. First of all, in the interwar, a method of comparative law study found a growing number of supporters. In different countries, periodicals related to comparative law were created, e.g.: *Annuario di diritto comparato*, *Bulletin Mensuel de la Soci t  de l gislation compar e*, *Jahrbuch f r vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*⁴⁹. Dictionaries with legal terminology of the other countries were also published, e.g. multi-volume *Rechtsvergleichendes Handw rterbuch f r das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes* prepared by Franz Schlegelberger⁵⁰. Encyclopaedic publications on the sources of foreign law were also developed e.g.: *Die Zivilgesetze der Gegenwart. Sammlung europ ischer und   ereurop ischer Privatrechtsquellen*⁵¹. Separate institutes

⁴⁷ This Act was based on the Italian Code with some exceptions taken from the Spanish Code. Poland soon joined the list of the countries with uniform obligation law – on October 27, 1933, the Code of Obligations of the Republic of Poland was adopted with effect throughout the state.

⁴⁸ R. Longchamps de B rier, *Zjednoczenie prawa obligacyjnego...*, pp. 9-10.

⁴⁹ R. Longchamps de B rier, *Zjednoczenie prawa obligacyjnego...*, p. 3.

⁵⁰ F. Schlegelberger, *Rechtsvergleichendes Handw rterbuch f r das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, Berlin 1929-1938. F. Schlegelberger, who went down in history primarily as the Minister of Justice of the Third Reich and one of the main accused in the Nuremberg trial was also the author of a monumental dictionary. Despite its name, it was not a "handy" dictionary, almost each volume consisted of more than 800 pages. It was also not just a dictionary, as it contained summaries of the laws of foreign states, as well as the relevant bibliography. The dictionary was almost completed before the outbreak of the WWII. Between 1929 and 1938, six volumes were issued in Berlin from the "Abandon" entry to the "Unsittliche Rechtsgesch fte". In 1939 supplements were prepared to update the dictionary (H. Gutteridge, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge University Press 1949, p. 83). The outbreak of the war interrupted further work. Their importance, however, is evidenced by the fact that in 1970 a reprint of F. Schlegelberger's Dictionary was supplemented by the seventh volume (*Unterhaltspflicht – Verm chtnis*).

⁵¹ K. Heinsheimer, M. Wolff, *Die Zivilgesetze der Gegenwart. Sammlung europ ischer und   ereurop ischer Privatrechtsquellen*, Mannheim-Berlin. The first volume was published in 1931 (*Das*

³⁸ *I Zjazd Prawnik w Pa stw S wia skich w Bratislawie*, Palestra 1933, No. 1-2, p. 103.

³⁹ *Prawniczy por wnawczy s ownik s wia ski*, Zestawi : Dr. Cyryl Bařinka, Bratislava 1933.

⁴⁰ S. Peszy ski, *I Zjazd Prawnik w Pa stw S wia skich w Bratislawie* (8-10 wrzesie  1933 r.), Palestra 1933, No. 11, p. 661; R. Longchamps de B rier, *Zjednoczenie prawa obligacyjnego...*, p. 11.

⁴¹ *I Zjazd Prawnik w Pa stw S wia skich*, Palestra 1933, No. 9-10, p. 610.

⁴² S. Peszy ski, *I Zjazd Prawnik w...*, p. 662.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ R. Longchamps de B rier, *Zjednoczenie prawa obligacyjnego...*, *passim*.

⁴⁵ The section dealt also with the problems of matrimonial law codification in Slavic countries and steam vessels as an object of a mortgage.

⁴⁶ K. G boc ki, *I-szy Zjazd prawnik w pa stw S wia skich w Bratislawie*, *Gazeta S dowa Warszawska* 1933, No. 39, p. 614.

of comparative law were created: the institute of prof. Lambert in Lyon, prof. Galgano in Rome, prof. Rabel in Berlin and prof. Rauscher in Bratislava⁵². In 1932 and 1937 the International Congresses of Comparative Law were held in Hague⁵³. The main purpose of legal-comparative studies was not, of course, the unification of law. The scientific results of these studies, however, were a significant facilitation in unification works.

Secondly, international conferences on a unified regulation of specific law areas, such as transport, postal or aviation law, were more frequently organised during the interwar period⁵⁴. Another method of achieving legislative approximation was a preparation of the text of a model bill (on the conferences or in the international institutions), which was to become the basis for national legislation. This method was used in the case of the bill of exchange and check law, copyright law, private international law or sales contract provisions. Under the aegis of the League of Nations, a special institute for the unification of the private law was created in Rome.

Thirdly, the legislative approximation between the countries in the interwar period was no longer merely a theoretical postulate, but passed to the initial phase of realization. In many codes, drafts and amendments to the civil law created at that time, similar expressions, alike

constructions and legal institutions, almost identical rules, drawn either from the BGB or from the Swiss Code des obligations (CO) appeared. The Japanese Code, the ABGB novels, the Brazilian Code, the Soviet Code, the Chinese Code or the Lebanese Code are good examples⁵⁵.

This initial stage of unification was far more widespread than the borders of the European continent. German or Swiss solutions, however, were implemented mainly not for unification purposes, but for purely pragmatic reasons. BGB or Swiss CO constructions were considered to be the best solution of a particular legal problem. Their wide implementation, however, resulted with legislative approximation between countries even very distant in geographical or political meaning.

VI. Conclusions

None of the above presented efforts was fully successful: the Franco-Italian Draft never went into force, Germany and Italy failed to create a joint draft, attempts for the unification of the law on large-scale in the inter-war period remained unsuccessful. However, the endeavours of lawyers of that time cannot be underestimated. Moreover, the concept of integration in the field of law itself deserves our acclaim. It was a bold idea, especially since many countries were struggling at that time with division and inconsistency of in their own legal systems. The idea of implementing a shared regulation was ahead of its time. After a hundred years, the idea of grounding the European economic cooperation on the unified law has still not been fully implemented.

⁵⁵ Ibidem, p. 4.

Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen), the second in 1932 (Frankreich: Code civil).

⁵² R. Longchamps de Brier, *Zjednoczenie prawa obligacyjnego...*, p. 3.

⁵³ See more: A. M. Bracken, *International Congress of Comparative Law*, *Indiana Law Journal* 1933, Vol. 8, Iss. 8, pp.484-490.

⁵⁴ Ibidem, p. 4.

Rechtstransfer in die Republik Estland seit den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts

Steffen Schlöcker

I. Historischer Umbruch und gemeinsame Traditionen

1. Estlands Weg in die Unabhängigkeit (1988-1991)

Im Herbst des Jahres 1989, also vor gut 25 Jahren, ist nicht nur die Mauer gefallen, die Berlin und Deutschland für Jahrzehnte geteilt hatte, auch für viele andere europäische Länder ist die Zeit der kommunistischen Diktatur zu Ende gegangen. So hat in diesem Zeitraum auch die Republik Estland in mehreren Schritten ihre Unabhängigkeit wiedererlangt. Noch vor dem Fall der Mauer in Deutschland hatte der estnische Oberste Sowjet am 16. November 1988 den Vorrang der Gesetze Estlands vor den Gesetzen der Sowjetunion postuliert und damit im Grunde die Souveränität Estlands erklärt. Am 30. März 1990 proklamierte Estland sodann den Fortbestand der Republik Estland von 1918. Eine Volksabstimmung vom 3. März 1991 sprach sich mit überwältigender Mehrheit für die Unabhängigkeit Estlands aus. Im Zuge des Putsches in der Sowjetunion erlangte Estland schließlich am 20. August 1991 seine staatliche Un-

abhängigkeit. So musste die Sowjetunion am 6. September 1991 die Souveränität Estlands anerkennen. Wenige Tage später, am 17. September 1991, wurde Estland Mitglied der Vereinten Nationen. Darüberhinaus wurde Estland im März 2004 in die NATO und im Mai 2004 auch in die Europäische Union aufgenommen.

2. Die Reform des Rechts als Notwendigkeit

Welche Auswirkungen hatten nun diese staats- und völkerrechtlichen Vorgänge auf das in Estland geltende Recht? Die Besetzung Estlands im Jahr 1940 im Zuge des Hitler-Stalin-Paktes von 1939 war unrechtmäßig gewesen, so dass an sich alle Rechtsakte aus sowjetischer Zeit unwirksam waren. Dennoch sollte nach einer Resolution vom 16. Mai 1990 aus rein praktischen Gründen das zu diesem Zeitpunkt geltende Gesetzesrecht in Estland zumindest vorläufig fortgelten¹. Die estnische Regierung und estnische Rechtswissenschaftler machten sich je-

¹ Peeter Järvelaid, *The development of the Estonian legal system*, *ZEuP* 8, (2000), S. 873-877, 875.

doch Gedanken über die Zukunft des estnischen Rechts, vornehmlich über das Verfassungs-, Privat- und Verwaltungsrecht. Nach den Jahren des Sozialismus und angesichts des Zusammenbruchs der sowjetischen Wirtschaftsordnung entschied sich die Republik Estland für die Rückkehr zur rechtsstaatlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung². Dieser Prozeß des Übergangs zum Rechtsstaat und zur freien Marktwirtschaft setzte die rechtliche Anerkennung der Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Persönlichkeit, die Vertragsfreiheit, das Privateigentum und die Möglichkeit freier wirtschaftlicher Betätigung voraus. Nach der sowjetischen Zwangskollektivierung der estnischen Bauernhöfe, der gewerblichen Betriebe und Banken bedurfte es der Reprivatisierung. Die Einführung einer rechtsstaatlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung mußte selbstredend entscheidend durch gesetzgeberische Maßnahmen begleitet und gefördert werden.

Möglichst rasch sollte aber grundsätzlich das Eigentumsrecht geändert werden, um eine privatwirtschaftliche Betätigung und ausländische Investitionen zu ermöglichen. Ein erster Schritt in dieser Vorbereitungsphase der Jahre 1988-1991 war das Gesetz über landwirtschaftlich genutzte Grundstücke vom 8. Dezember 1988, das erstmals wieder Privateigentum an bäuerlichen Betrieben vorsah³. Da der Text des Entwurfs für ein Zivilgesetzbuch von 1940 trotz einiger geringer Veränderungen für das Eigentumsrecht verwendbar war, war zugleich die Vorentscheidung für die Orientierung auch des übrigen Privatrechts am deutschen Recht getroffen⁴. Das estnische Gesetz über das Eigentum erging am 13. Juni 1991 noch vor der Anerkennung der staatlichen Unabhängigkeit⁵. Damit wurde das Privateigentum an Grundstücken und an Unternehmen gesetzlich erlaubt und - um ausländische Investitionen zu fördern - wurde die Möglichkeit gewährt, Unternehmen mit ausländischer Beteiligung und Leasingunternehmen zu gründen. Dieses Eigentumsgesetz sollte später durch ein Sachenrechtsgesetz abgelöst werden. Die Verfassung vom 28. Juni 1992 garantierte die Vertragsfreiheit, die Freiheit der unternehmerischen Betätigung und das Privateigentum.

3. Die estnische und deutsche Rechtstradition

Die Überlegungen zur Reform des ganzen Privatrechts nahmen von dem Gedanken ihren Ausgang, den Entwurf des Zivilgesetzbuchs von 1936/1940⁶, das aufgrund

des sowjetischen Einmarsches nie in Kraft getreten war, mit erforderlichen Modifikationen zu übernehmen⁷. Die vom estnischen Justizministerium eingesetzte Kommission entschied jedoch, ein neues Zivilgesetzbuch zu erarbeiten. Eine gänzlich eigenständige estnische Zivilrechtskodifikation wurde anfänglich diskutiert, aber schließlich ebenfalls verworfen. Die Kommission votierte vielmehr für die Anknüpfung an die kulturellen und rechtswissenschaftlichen Verbindungen nach Deutschland, die bereits im frühen 13. Jahrhundert mit dem lübischen und sächsischen Recht begonnen hatten⁸.

Im Jahr 1248 war der Stadt Reval (heute: Tallinn) von König Erich IV. von Dänemark das lübische Recht verliehen worden: „Ericus ... civibus nostris de Revalia ... remittimus ipsi omnia iura, quae habent cives Lybicensis.“⁹ Die Stadt Reval erhielt daraufhin vom Lübecker Rat im Jahr 1257 einen lateinischen Codex mit 103 Artikeln und im Jahr 1282 einen niederdeutschen Codex mit 168 Artikeln¹⁰. Auch in Rakvere (deutsch: Wesenberg) und Narva galt seit dem 14. Jahrhundert aufgrund königlicher Verleihung lübisches Recht und in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts übernahm schließlich Haapsalu (deutsch: Hapsal) das lübische Recht¹¹. Der niederdeutsche Codex in Tallinn ist nach den Forschungen von Friedrich Georg von Bunge die älteste deutsche Textfassung des lübischen Rechts überhaupt. Anders als die Bürger in den Städten lebte der Adel nach dem Land-, Lehn- und Ritterrecht, das weitgehend mit sächsischen Rechtsvorstellungen konform ging und vermutlich von den Rittern des livländischen Schwertbrüderordens und des Deutschen Ordens aus ihrer niederdeutschen Heimat mitgebracht

wurf des estländischen Zivilgesetzbuches von 1936, Zeitschrift für osteuropäisches Recht (ZOR) N. F. 4, (1937/38), S. 269-282; Dimitri Steinke, Die Zivilrechtsordnungen des Baltikums unter dem Einfluss ausländischer, insbesondere deutscher Rechtsquellen, (Osnabrücker Schriften zur Rechtsgeschichte, Bd. 16), Osnabrück 2009, S. 184 ff.

⁷ Gábor Hamza, Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition, Budapest 2009, S. 574 ff.

⁸ Friedrich Georg von Bunge, Einleitung in die liv- esth- und curländische Rechtsgeschichte und Geschichte der Rechtsquellen, Reval 1849, (Neudruck Amsterdam 1971), S. 159 ff.; Carl Eduard Erdmann, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Est- und Kurland, Bd. I-IV, Riga 1889-1894; Oswald Schmidt, Rechtsgeschichte Liv-, Est- und Kurlands, Dorpat 1894, (Ndr. Hannover 1968), S. 27 ff., 48 ff.; Reinhard Wittram, Baltische Geschichte, Die Ostseelände Livland, Estland, Kurland 1180-1918, München 1954, S. 41 f.; Gert von Pistohlkors, (Hrsg.), Deutsche Geschichte im Osten Europas - Baltische Länder, Berlin 2002, S. 108; Ralph Weber, Eine kleine Rechtsgeschichte Estlands vom 12. bis 18. Jahrhundert, in: Jörn Eckert / Kjell A. Modéer, (Hrsg.), Geschichte und Perspektiven des Rechts im Ostseeraum, (1. Rechtshistorikertag im Ostseeraum, 8. - 12. März 2000), Frankfurt a. M. u.a. 2002, S. 349-397, S. 365 ff.; Sanita Osipova, Baltische Rechtstradition, in: Helmut Heiss, (Hrsg.), Zivilrechtsreform im Baltikum, Tübingen 2006, S. 3-18, 13 f.; Marju Luts, Aktuelle Zivilrechtsreform in Estland als eine historische Herausforderung, in: Helmut Heiss, (Hrsg.), Zivilrechtsreform im Baltikum, Tübingen 2006, S. 27-37; Kasekamp, History (FN 3), S. 36 ff.

⁹ Bunge, Einleitung, (FN 8), S. 159, Anm. b); dazu Tiina Kala, Lübeck Law and Tallinn, Tallinn 1998, S. 17; Der Revaler Kodex des lübischen Rechts 1282, Tallinn 1998, S. 33 f.

¹⁰ Der Revaler Kodex, (FN 9), S. 47 ff., Faksimile S. 57 ff., Transkription S. 121 ff.

¹¹ Kala, Lübeck, (FN 9), S. 12 f.

² Ilmar Selge, Die Entwicklung des Eigentums- und Gesellschaftsrechts in Estland, Recht in Ost und West (ROW) 36, (1992), S. 97-100, 97; Marju Luts, Die estnische Privatrechtsreform zwischen den Vorbildern aus der Geschichte, aus Deutschland und aus der europäischen Zukunft, in: Sven I. Oksaar / Niels von Redecker, (Hrsg.), Deutsch-Estnische Rechtsvergleichung und Europa, Frankfurt am Main 2004, S. 51-68, 51 f.

³ Paul Varul, Creation of new private law in Estonia, in: Rechtstheorie 31, (2000), 349-367, 349 ff.; Andres Kasekamp, A History of the Baltic States, Basingstoke 2010, S. 162 ff.

⁴ Varul, (FN 3), Rechtstheorie 31, (2000), 349-367, 356.

⁵ Selge, (FN 2), ROW 36, (1992), S. 97-100; Hans Arnold, Das estnische Gesetz über das Eigentum als Grundlage der Privatisierung, in: RIW 1994, S. 27-33.

⁶ Gert Koch, Estnisches Zivilrecht, in: Baltische Rechtsangleichung - 10 Jahre Gesetzgebung Estlands und Lettlands: Referate der ersten baltischen Juristenkonferenz zu Dorpat (1928), Reval 1929, Ndr. Hamburg 1996, S. 45-58; Hermann von Nottbeck, Der Ent-

worden war¹². Als sich die Städte Dorpat, Riga, Pernau und Reval sowie die Ritterschaften Liv- und Estlands in den Jahren 1704 bis 1710 dem russischen Zaren unterwarfen, wurde in den Kapitulationen die „Beibehaltung der früheren Rechte, wohlhergebrachten Privilegien, Gewohnheiten usw.“ vereinbart¹³.

Noch die Kompilation der provinziellen Rechtsquellen als Liv-, Est- und Curländisches Privatrecht als privatrechtliches Gesetzbuch¹⁴ unter Zar Alexander II. im Jahr 1864 erfolgte in deutscher Sprache durch den Rechtsgelahrten Friedrich Georg von Bunge (1802-1897)¹⁵. Dieses Recht hatte im Zarenreich zwar nur für den baltischen Adel Geltung gehabt, während die Städte weiterhin nach ihren jeweiligen Stadtrechten und seit 1870 nach der russischen Städteordnung lebten. Die Bauern waren dagegen den Bestimmungen der Bauerngesetzgebung unterworfen. Seit Gründung der Republik Estland im Jahr 1918 hatte das Liv- Est- und Curländische Privatrecht jedoch bis zum Jahr 1940 weiterhin allgemeine Geltung als Privatrechtsgesetzbuch. Erst nach dem sowjetischen Einmarsch wurde es zum 16. Juni 1940 durch das sowjetrussische Zivilgesetzbuch von 1922 ersetzt.

Das estnische ZGB von 1936/1940 war daher nie in Kraft getreten. Es war von der deutschen Rechtswissenschaft geprägt, vornehmlich durch das BGB, aber auch durch das schweizer ZGB und das österreichische ABGB. Seine Einteilung in fünf Bücher zeigt das pandektistische Vorbild: Es gab einen Allgemeinen Teil, ein Sachenrecht, ein Familienrecht, ein Erbrecht und ein Schuldrecht¹⁶. Estland hat also für die längste Zeit seiner Geschichte nach privatrechtlichen Normen gelebt, die dem Rechtsdenken des deutschsprachigen Raums entsprechen.

Insofern lag in den frühen neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts die Anknüpfung an die west- und mitteleuropäische Rechtstradition, insbesondere an das deutsche Rechtssystem nahe¹⁷. Ausdrücklich empfahl die Kom-

mission der estnischen Regierung im Jahr 1993, künftige Verfassungsreformen auf der Basis der neueren west- und mitteleuropäischen Gesetzgebung durchzuführen, insbesondere auf der Basis deutscher und österreichischer Vorbilder.

4. Die estnisch-deutsche Zusammenarbeit seit 1991

Der estnische Wunsch nach einer Erneuerung der alten Verbindungen auf dem Gebiet des Rechts stieß in Deutschland nicht auf taube Ohren. Auf Einladung des damaligen Bundesministers der Justiz, Klaus Kinkel, trafen sich die Justizminister mittel- und osteuropäischer Staaten am 18. und 19. November 1991 in Bonn, um den Übergang aus der sozialistischen Gesellschaftsordnung mit ihrer zentralistischen Planwirtschaft in eine freie, marktwirtschaftliche und rechtsstaatliche Rechtsordnung, die selbständiges wirtschaftliches Handeln eröffnen sollte, zu diskutieren¹⁸. Beim Aufbau des estnischen Rechtsstaats mit einer unabhängigen Justiz, einer privaten Eigentumsordnung sowie der Vertrags- und Gewerbefreiheit wollte die Bundesrepublik Deutschland einerseits juristische, andererseits aber auch sachliche und technische Hilfe leisten.

Um den Transfer von juristischem know how effektiver zu gestalten und zugleich den Eindruck einer staatlichen Bevormundung zu vermeiden, hat Klaus Kinkel die Gründung eines privatrechtlichen Vereins betrieben: die Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit¹⁹. Diese Stiftung hat im Oktober 1992 ihre Arbeit aufgenommen²⁰. Die Stiftung sollte die Aufgabe erhalten, ausländische Staaten beim Übergang von der Planwirtschaft in die soziale Marktwirtschaft zu unterstützen. Die Stiftung sollte demnach tätig werden auf Wunsch einer Regierung aus dem ost- oder mitteleuropäischen Raum, den Ländern des ehemaligen Warschauer Paktes und den Nachfolgestaaten der ehemaligen Sowjetunion. Gedacht war an eine Beratung zur Vorbereitung, Abfassung und Durchführung von Rechtsvorschriften, aber auch an die praktische Unterstützung der Rechtspflege durch Ausbildungs- und Fortbildungsmaßnahmen sowie technische Hilfe²¹.

Als von Anfang an besonders intensiv wird der Austausch mit Juristen und Regierungsvertretern aus dem Baltikum beschrieben, an der auf deutscher Seite Ministerialbeamte, Professoren, Richter und Notare sowie

¹² Friedrich Georg von Bunge, Ueber den Sachsenspiegel als Quelle des mittleren und umgearbeiteten Ritterrechts sowie des öselschen Lehnrechts, Riga 1827, S. 17 ff.; ders., Einleitung, (FN 8), S. 97 f.; Schmidt, Rechtsgeschichte, (FN 8), S. 27 ff.; Hermann Blaes, Die rechtliche Wirkungskraft des Sachsenspiegels im Bereich des heutigen Estlands und Lettlands, ZRG GA 62, (1942), S. 322-352, 328 ff.; Wittram, Baltische Geschichte, (FN 8), S. 41 f.; Weber, Geschichte Estlands (FN 8), S. 349-397, S. 365 ff.

¹³ Bunge, Einleitung, (FN 8), S. 269 ff. (Zitat S. 269); Ernst Seraphim, Baltische Geschichte, Reval 1908, S. 291 ff.; Wittram, Baltische Geschichte, (FN 8), S. 133 f.; Pistohlkors, Deutsche Geschichte, (FN 8), S. 268; Karsten Brüggemann / Mati Laur / Pärtel Piirimäe, (Hrsg.), Die baltischen Kapitulationen von 1710, Köln u. a. 2014.

¹⁴ Järvelaid, (FN 1), ZEuP 8, (2000), S. 873-877, 874; Hamza, Entstehung, (FN 7), S. 569 ff.

¹⁵ Friedrich Georg von Bunge, Das liv- und esthländische Privatrecht, 2. Auf., Bd. I, Reval 1847, Bd. II, Reval 1848; ders., Geschichte des Gerichtswesens und Gerichtsverfahrens in Liv-, Est- und Curland, Reval 1874; dazu: Werner Kundert/Barbara Dölemeyer, Russische Ostseeprovinzen (Baltikum), in: Helmut Coing, (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III/2, München 1982, S. 2071-2098.

¹⁶ Varul, (FN 3), Rechtstheorie 31, (2000), 349-367, 355.

¹⁷ Jaan Sootak / Marju Luts, Rechtsreform in Estland als Rezeptions- und Bildungsaufgabe, JZ 1998, S. 401-403, 401; dies., Privatrechtsreform, (FN 2), S. 51-68, 51 f., 61 ff.; Peeter Järvelaid, Millenniumtext. Estonia: The development of the Estonian legal system, in: ZIRV 41, (2000), S. 122-123; ders., (FN 1), ZEuP 8, (2000), S. 873-877, 876; Selge, (FN 2), ROW 36, (1992), S. 97-100; Varul, (FN 3), Rechtstheorie 31, (2000), 349-367, 357; ders., The new Estonian ci-

vil code, in: Helmut Heiss, (Hrsg.), Zivilrechtsreform im Baltikum, Tübingen 2006, S. 51-57, 52 f.; Harri Mikk, Zur Reform des Zivilrechts in Estland, in: JOR 2001, S. 31-52, 34 f., 41 f.; Martin Kärdi, Westliche Rechtskonzepte für post-sozialistische Gesellschaften: Gesetzgeberische Erfahrungen in Estland, in: Helmut Heiss, (Hrsg.), Brückenschlag zwischen den Rechtskulturen des Ostseeraums, Tübingen 2001, S. 75-88, 82 ff.; ders., Die Neukodifikation des Privatrechts der baltischen Staaten in vergleichender Sicht, in: Helmut Heiss, (Hrsg.), Zivilrechtsreform im Baltikum, Tübingen 2006, S. 19-25, 21 f.

¹⁸ Klaus Kinkel, Juristischer know-how-Transfer in die Staaten Mittel- und Osteuropas, WiRO 1992, 2-4, 2.

¹⁹ Kinkel, (FN 18), WiRO 1992, 2-4, 3; Matthias Weckerling, 10 Jahre Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, in: Neue Justiz (NJ) 2002, S. 234-236.

²⁰ BT-Drucksache 12/3643 vom 5.11.1992, S. 9 f.; Lujo Fadé, Rechtstransfer nach Osteuropa – eine Investition in die Zukunft, WiRO 1993, 87-89, 88.

²¹ Kinkel, (FN 18), WiRO 1992, 2-4, 3.

Vertreter berufsständischer Organisationen beteiligt waren²². Eine Vereinbarung zwischen der Republik Estland und der Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit wurde am 2. Dezember 1992 geschlossen²³. Darin wurden die formalen Voraussetzungen für eine dauerhafte Zusammenarbeit festgelegt und die Themenbereiche bestimmt, in denen das Justizministerium der Republik Estland eine Beratung für erwünschenswert hielt. In erster Linie ging es um das allgemeine Zivilrecht, das Handels- und das Wirtschaftsrecht.

Den Ausgangspunkt für die künftige estnische Gesetzgebung bildeten jeweils deutsche Gesetze, doch sollten selbstredend neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung und die Richtlinien der Europäischen Union berücksichtigt werden. Die Entwürfe wurden nicht von der Stiftung selbst erarbeitet. Vielmehr wurden deutsche Experten aus der Wissenschaft, der Ministerialbürokratie und der rechtsanwaltschaftlichen Praxis um Gutachten und Entwürfe gebeten²⁴.

Während dieser sogenannten „Phase der Entscheidungen“²⁵, in den Jahren 1991 bis 1993, wurden in Estland am 13. Juni 1991 das bereits erwähnte Eigentumsgesetz und am 17. Oktober 1991 ein Landreformgesetz verabschiedet, um die Bedingungen für eine Marktwirtschaft zu schaffen. Damit wurde es überhaupt erst rechtlich zulässig, privates Eigentum und beschränkt dingliche Rechte an Land zu begründen. Das Privatisierungsgesetz vom 17. Juni 1993 förderte sodann die Privatisierung von Grund und Boden, ausgenommen nur die Liegenschaften, derer der Staat für die Erfüllung seiner Aufgaben bedurfte. Damit ging die Restitution von Grundstücken Hand in Hand, die nach 1940 von der Sowjetunion enteignet worden waren.

II. Die estnische Gesetzgebung auf dem Gebiet des Privatrechts in den Jahren seit 1993

1. Überblick

Die „Phase der Ausführung und Umsetzung“ begann intensiv in den Jahren nach 1993²⁶. Die einzelnen Sachgebiete des Zivilrechts sollten dabei schrittweise erarbeitet und nach ihrer Fertigstellung in Kraft gesetzt werden. Daher gibt es in Estland kein einheitliches Zivilgesetzbuch, sondern einzelne Gesetze, die als Teile eines Zivilgesetzbuches erkennbar sind. Das entspricht skandinavischen Vorbildern. Zudem gab es ganz praktische Gründe für diese Lösung: Die bereits fertig gestellten Bücher des Privatrechts konnten so Schritt für Schritt als Gesetze verabschiedet werden, ohne den Abschluss des vollständigen Zivilgesetzbuchs abwarten zu müssen²⁷. Davon abgesehen folgt das geltende estnische Privatrecht der pandektistischen Systematik.

Als erster Teil des Zivilgesetzbuchs wurde am 9. Juni

1993 das Gesetz über das Sachenrecht verabschiedet, das zum 1. Dezember 1993 in Kraft trat²⁸. Am 28. Juni 1994 folgte der Allgemeine Teil des Zivilgesetzbuchs, in Kraft getreten zum 1. September 1994. Dieses Gesetz ist durch eine Neufassung vom 27. März 2002 zum 1. Juli 2002 ersetzt worden²⁹. Am 12. Oktober 1994 wurde ein Familienrechtsgesetz erlassen, das allerdings weitgehend auf dem Familien- und Ehegesetz der estnischen Sowjetrepublik von 1969 basiert.

Für das Handelsgesetzbuch, in Kraft getreten am 15. Februar 1995, stammte das maßgebliche Gutachten von Karsten Schmidt. Grundlegend waren die Regelungen des deutschen Handelsgesetzbuchs. Allerdings sollten die Bestimmungen außer Betracht bleiben, die entweder veraltet waren oder aber der handelsrechtlichen Praxis nicht entsprachen³⁰. Vor allem sollte sich das neue Gesetz im Blick auf eine zukünftige Mitgliedschaft in der EG an den Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften orientieren. Im Gesetzgebungsprozess wurden selbstverständlich auch die entsprechenden Gesetze aus Dänemark, Schweden, Österreich, Spanien, der Schweiz, den Niederlanden, Ungarn, Polen, der Tschechischen Republik und Bulgarien ausgewertet. Entsprechendes gilt für die Entwürfe für ein Aktien-Gesetz und ein GmbH-Gesetz.

Schließlich trat zum 1. Juli 2002 das Gesetz über das Schuldrecht vom 5. Juni 2002 in Kraft, das sich in einen allgemeinen und einen besonderen Teil gliedert. Im Archiv der Stiftung finden sich darüber hinaus Gutachten und Entwürfe zu weiteren estnischen Gesetzesvorhaben, etwa für ein Gerichtsverfassungs- und ein Richterrechtsgesetz, eine Grundbuchordnung, eine Notariatsordnung, ein Wohnungseigentumsgesetz, eine Ordnung zur Bestellung von Erbbaurechten, ein Genossenschaftsgesetz, ein Konkursrecht, ein Vollstreckungsgesetzbuch und ein Strafverfahrensgesetz.

Im Folgenden soll der Rechtstransfer vornehmlich am Beispiel des Gesetzes über den Allgemeinen Teil des Zivilgesetzbuchs und des Sachenrechtsgesetzes veranschaulicht werden. Abschließend wird nur kurz das Schuldrechtsgesetz betrachtet. Angesichts des begrenzten Raums kann dabei natürlich kein vollständiger Vergleich erfolgen. Vielmehr sollen einzelne Beispiele zur Erläuterung herangezogen werden.

2. Das Gesetz über den Allgemeinen Teil des Zivilgesetzbuchs (2002)

Das Gesetz über den Allgemeinen Teil von 2002 ist nicht nur durch das deutsche BGB beeinflusst worden³¹. Zu dessen Quellen zählen auch das schweizer Zivilgesetzbuch und das schweizer Obligationenrecht, das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch, der italienische Codice civile, der Code civil von Quebec und der Loui-

²² Kinkel, (FN 18), WiRO 1992, 2-4, 3.

²³ Irene Pakuscher, Vereinbarung der IRZ-Stiftung mit Estland, Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WiRO) 1993, S. 143-144.

²⁴ Pakuscher, (FN 23), WiRO 1993, S. 143-144, 143.

²⁵ Varul, (FN 3), Rechtstheorie 31, (2000), 349-367, 353 ff.

²⁶ Varul, (FN 3), Rechtstheorie 31, (2000), 349-367, 359 ff.

²⁷ Luts, Privatrechtsreform, (FN 2), S. 51-68, 61 ff; Varul, The new Estonian civil code, (FN 17), S. 51-57, 53 f.

²⁸ Die aktuellen Gesetzestexte in englischer Übersetzung finden sich unter: www.riigiteataja.ee/en und www.legaltext.ee.

²⁹ Riigi Teataja 2002, 35, 216; Varul, The new Estonian civil code, (FN 17), S. 51-57, 52; Mikk, (FN 17), JOR 2001, S. 31-52, 41 f.

³⁰ Pakuscher, (FN 23), WiRO 1993, S. 143-144, 143.

³¹ Luts, Privatrechtsreform, (FN 2), S. 51-68, 61 ff; Varul, The new Estonian civil code, (FN 17), S. 51-57, 53 f.; Hamza, Entstehung, (FN 7), S. 576.

siana Civil Code. Der Aufbau des estnischen Gesetzes weicht zunächst vom deutschen BGB ab. Im Gesetz über den Allgemeinen Teil finden sich gleich am Anfang, in einem ersten Teil, Regelungen zum Geltungsbereich (§ 1), zu den Rechtsquellen (§ 2), zur juristischen Methodik der Rechtsanwendung (§§ 3 & 4) sowie zur Entstehung und Übertragung von Rechten und Pflichten (§§ 5 & 6). So wird etwa die Analogie in § 4 gesetzlich beschrieben.

Sodann folgen in einem zweiten Teil Bestimmungen über das Personenrecht, die im BGB am Anfang stehen. Hier finden sich allgemeine Regelungen für die Rechts- und Geschäftsfähigkeit natürlicher Personen (§§ 7 & 8). Die Regeln über die Geschäftsfähigkeit sind insofern nicht - wie im BGB - erst im Abschnitt über die Rechtsgeschäfte enthalten, sondern bereits im Personenrecht. Inhaltlich zeigen sich jedoch viele Übereinstimmungen, aber auch manche Unterschiede. Minderjährige bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres sind ebenso wie nach § 104 Nr. 1 BGB gemäß § 12 Abs. 1 grundsätzlich geschäftsunfähig. Allerdings erlaubt § 12 Abs. 2 im Gegensatz zum BGB, dass auch der Geschäftsunfähige selbständig Rechtsgeschäfte mit Mitteln abschließen kann, die ihm zur freien Verfügung überlassen worden sind. Die Regeln über die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Sieben- bis Achtzehnjährigen entsprechen dagegen wieder dem BGB. So können Minderjährige zwischen der Vollendung des 7. und des 18. Lebensjahrs grundsätzlich nur Rechtsgeschäfte mit Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter abschließen (§ 11 Abs. 1 & 2). Ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters kann der Minderjährige allerdings Rechtsgeschäfte vornehmen, wenn er das Geschäft mit Mitteln bewirkt, die er von seinem gesetzlichen Vertreter oder mit dessen Einwilligung von einem Dritten zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung erhalten hat (§ 11 Abs. 3).

Die Rechtsfolgen einer Willenserklärung des Minderjährigen in § 11 Abs. 4, 5 & 6 entsprechen §§ 108 & 109 BGB. Die beschränkte Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, die das 15. Lebensjahr vollendet haben, kann durch gerichtliche Entscheidung erweitert werden (§ 9). Diese Regel ist allgemeiner gefasst als die §§ 112 & 113 BGB. Dem § 111 BGB entspricht aber wieder die Regel, dass eine einseitige Willenserklärung eines nicht voll Geschäftsfähigen nichtig ist (§ 10).

Im Anschluss folgen Bestimmungen zum Wohnsitz (§§ 14 ff.) und zur Todeserklärung im Fall der Verschollenheit (§§ 17 ff.). Vor Erlass des Verschollenheitsgesetzes war diese Abfolge auch im BGB zu erkennen.

Das zweite Kapitel des Personenrechts ist abstrakt der juristischen Person gewidmet (§§ 24 ff.). Gemäß § 25 Abs. 1 gelten neben der Aktiengesellschaft und der GmbH, der Stiftung, der Genossenschaft und dem Verein - anders als im deutschen Recht - auch Personengesellschaften mit beschränkter und unbeschränkter Haftung als juristische Personen. Anders als im deutschen BGB wird auch kein spezifisches Vereinsrecht dargestellt. Allerdings finden hier generelle Bestimmungen über die Rechtsfähigkeit der juristischen Person (§ 26), deren Gründung (§§ 27 ff.), deren Vertretung (§ 34) und deren

Organe (§ 31), Regeln über die Haftung der juristischen Person und ihrer Organe (§ 26 Abs. 1, § 37), ihre Auflösung sowie ihre Liquidation (§§ 39 ff.).

Auffällige Unterschiede zum BGB zeigen sich in der Gesetzestechnik und der sprachlichen Formulierung. Anders als das deutsche BGB beginnt das estnische Gesetz über den Allgemeinen Teil regelmäßig mit Definitionen oder kleinen lehrbuchartigen Einführungen, die das Gesetz benutzer- und anwenderfreundlich ausgestalten. So werden Rechtsinstitute und Rechtsbegriffe zu Beginn der jeweiligen Abschnitte und Paragraphen des Gesetzes definiert. Häufig werden generell-abstrakte Normen auch mit kasuistischen Regelungen verbunden, um durch das Beispiel die allgemeine Regel zu illustrieren. So erklärt etwa § 7 Abs. 1: Die bürgerliche Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Und § 8 Abs. 1 ergänzt: Die bürgerliche Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit einer Person, selbständig Rechtsgeschäfte vorzunehmen. Im dritten Teil über die Gegenstände werden in §§ 48 ff. zunächst bewegliche und unbewegliche Sachen und Rechte unterschieden und Sachen als körperliche Gegenstände definiert. In § 66 findet sich eine Beschreibung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit, durch die eine Person am Geschäftsleben teilnimmt.

Der Grund für die umfangreichen Definitionen und die benutzerfreundlichen, lehrbuchartigen Erläuterungen dürften ihren Grund in der Qualifikation estnischer Richter in der ersten Zeit nach der Unabhängigkeit haben³². Für den Richterdienst in sowjetischer Zeit waren Parteitreue und Kenntnisse in marxistisch-leninistischer Ideologie wichtiger als eine juristische Qualifikation. Fast die Hälfte der estnischen Richter aus sowjetischer Zeit hatte lediglich ein Fernstudium absolviert. Insofern musste der estnische Gesetzgeber bei der Ausarbeitung der Zivilgesetze pragmatisch vorgehen. Die Definitionen dienen daher dazu, den eigenen Entscheidungsspielraum des Richters zu begrenzen und vor allem das Vorverständnis der Richter bei der Rechtsanwendung möglichst zurückzudrängen.

Der vierte Teil des Gesetzes über den Allgemeinen Teil beschäftigt sich mit dem Rechtsgeschäft. Auch hier dominieren lehrbuchartige Erläuterungen. So finden sich etwa Bestimmungen, die auch mit der deutschen zivilrechtlichen Lehre übereinstimmen und dem BGB zwar zugrundeliegen, aber nicht ausdrücklich im Gesetz niedergeschrieben sind. So wird das Rechtsgeschäft als Akt beschrieben, der aus wenigstens einer Willenserklärung besteht und auf einen Rechtserfolg gerichtet ist (§ 67 Abs. 1). § 67 Abs. 2 erklärt, dass Geschäfte einseitig, zweiseitig oder mehrseitig sein können, und § 67 Abs. 2, S. 4 ergänzt, dass ein mehrseitiges Rechtsgeschäft als Vertrag bezeichnet wird. § 68 weist darauf hin, dass ausdrückliche und konkludente Willenserklärungen zulässig sind. Schweigen gilt gemäß § 68 Abs. 4 nur dann als Willenserklärung, wenn das Gesetz, eine Vereinbarung oder die Praxis der Parteien das Schweigen als Willenserklärung werten.

³² Sootak / Luts, (FN 17), JZ 1998, S. 401-403, 403.

§ 69 Abs. 1 S. 2 regelt explizit das Wirksamwerden der nicht-empfangsbedürftigen Willenserklärung schon mit der Abgabe. Definiert wird auch der Begriff des Zugangs einer Willenserklärung unter Abwesenden (§ 69 Abs. 2 & 3). Ebenso hat die im deutschen Recht in Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelte Regel Aufnahme in das Gesetz gefunden, dass der Zugang einer Willenserklärung bejaht werden darf, wenn der verspätete Zugang dem Empfänger zur Last gelegt werden muß (§ 69 Abs. 4, § 71).

Für die Auslegung einer Willenserklärung soll nach § 75 gelten, dass vom wirklichen Willen des Erklärenden auszugehen ist, wenn dem Empfänger der Willenserklärung der Wille des Erklärenden bekannt war oder er diesen Willen hätte erkennen können. Andernfalls muß der Erklärende die Erklärung so gegen sich gelten lassen, wie sie ein vernünftiger Dritter an der Stelle des Empfängers in der gegebenen Situation verstehen musste. Insofern hat die Regel vom objektiven Empfängerhorizont, wie sie auch in der deutschen Rechtsprechung und Rechtslehre vertreten wird, in die Vorschriften zur Auslegung von Willenserklärungen Eingang gefunden.

Die Darstellung der Willensmängel beginnt mit der Anfechtung als Rechtsfolge für die Fälle des Irrtums, der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung (§ 90 Abs. 1). Zugleich wird – dogmatisch ungenau, aber durchaus benutzerfreundlich – bestimmt, dass die Anfechtung zur Rückgewährpflicht im Rahmen der ungerechtfertigten Bereicherung führt (§ 90 Abs. 2). Während das BGB in den §§ 119 und 120 BGB zwischen dem Erklärungs-, Inhalts- und Eigenschaftsirrtum sowie dem Irrtum bei der Übermittlung differenziert, enthält § 92 des Gesetzes über den Allgemeinen Teil nur eine Generalklausel. Der Irrtum wird als fehlerhafte Wahrnehmung einer Tatsache definiert (§ 92 Abs. 1). Erforderlich ist ein erheblicher Irrtum (§ 92 Abs. 2), worauf § 119 Abs. 1 am Ende ebenfalls hinweist. Allerdings setzt die Anfechtung – anders als die Regelung im BGB – voraus, dass der Irrtum durch die andere Partei entweder hervorgerufen worden ist, der anderen Partei der Irrtum bekannt war oder hätte bekannt sein können oder beide Parteien von fehlerhaften Vorstellungen ausgingen (§ 92 Abs. 3).

Zur arglistigen Täuschung findet sich in § 94 Abs. 1 die Definition der arglistigen Täuschung als vorsätzliches Hervorrufen oder Aufrechterhalten einer unrichtigen Vorstellung³³. In seinen Tatbestandsvoraussetzungen und in der Rechtsfolge entspricht § 94 dem deutschen BGB in § 123 Abs. 1 Alt. 1. Das gilt ebenso für die Regelung des Scheingeschäfts in § 89 im Vergleich mit § 117 BGB. Demgegenüber unterscheidet sich die Regelung der widerrechtlichen Drohung in § 96 Abs. 1 in einem Punkt von der Regelung in § 123 BGB, weil eine unmittelbar bevorstehende schwerwiegende Gefahr verlangt wird.

Als letztes Beispiel aus dem Gesetz über den Allgemeinen Teil soll das Vertretungsrechts dienen. § 115 Abs. 1

bestimmt, dass eine natürliche Person ein Geschäft persönlich oder durch einen Vertreter abschließen kann. Das Rechtsgeschäft eines Vertreters wirkt für und gegen den Vertretenen, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen (Offenkundigkeit) und innerhalb seiner Vertretungsmacht handelt (§ 115 Abs. 1). Ein Geschäft, das gemäß Gesetz oder einer Vereinbarung persönlich abzuschließen ist, darf allerdings nicht durch einen Vertreter abgeschlossen werden (§ 115 Abs. 2). Somit wird der Satz, dass eine Vertretung bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften unzulässig ist, ausdrücklich positiviert. Demgegenüber wird anders als in § 164 Abs. 1 S. 1 BGB nicht ausdrücklich erwähnt, dass der Vertreter – in Abgrenzung zum Boten – eine eigene Willenserklärung abgibt.

Was Vertretungsmacht ist und worauf sie beruht, wird explizit definiert (§ 117 Abs. 1 & 2). Dass die Rechte und Pflichten aus dem zugrunde liegenden Vertrag nicht im Vertretungsrecht geregelt werden, hebt § 115 Abs. 3 hervor. Die erste Fassung des Gesetzes über den Allgemeinen Teil von 1994 hatte in § 95 Abs. 1 S. 2 sogar dogmatisch unpräzise, aber durchaus nutzerfreundlich, darauf hingewiesen, der Vertreter sei verpflichtet, das aus dem Geschäft Erworbene dem Vertretenen zu übergeben. Nach geltendem estnischen Recht ist wie im BGB für diese Problematik nun das Auftrags- oder Dienstvertragsrecht heranzuziehen.

Die Rechtsgrundlage der Vertretung sind gemäß § 117 Abs. 2 das Gesetz (gesetzliche Vertretung) oder ein Rechtsgeschäft (rechtsgeschäftliche Vertretung). Bei der gesetzlichen Vertretung wird die Vollmacht des Vertreters durch das Gesetz, bei der rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht dagegen durch den Vollmachtgeber bestimmt. Die rechtsgeschäftliche Erteilung der Vollmacht erfolgt durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Vertreter, dem Geschäftspartner oder der Öffentlichkeit (§ 118 Abs. 1). Die im deutschen Recht auf der Rechtslehre und Rechtsprechung beruhende Duldungs- und Anscheinsvollmacht findet sich in § 118 Abs. 2.

§ 118 Abs. 3 sieht – anders als im deutschen BGB – vor, dass die Form der Vollmachterteilung die Form des Vertretergeschäfts bestimmt. Hier wird die in Deutschland praktizierte teleologische Reduktion von § 167 Abs. 2 BGB in das Gesetz integriert. § 116 Abs. 1 entspricht § 164 Abs. 1 S. 2 BGB und der Rechtsprechung zu den unternehmensbezogenen Geschäften. Auch hier wird die Rechtsprechung unmittelbar in den Gesetzestext übernommen. Anders als im BGB sind die Zulässigkeit der Untervollmacht (§ 119) und die Bevollmächtigung mehrerer Personen (Gesamtvertretung) ausdrücklich geregelt (§ 122). Wie § 165 BGB ermöglicht § 124 die Vertretung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen. § 123 Abs. 1 & 2 regelt die Willensmängel und die Wissenszurechnung entsprechend § 166 Abs. 1 & 2 BGB.

Der Widerruf der Vollmacht (§ 125) führt zum Erlöschen der Vertretungsmacht (§ 126). § 125 Abs. 2, S. 1 & 2 entspricht § 168 S. 1 BGB, enthält aber zusätzlich einen Katalog von Tatbeständen, aus denen das Erlöschen der

³³ Kalev Saare / Karin Sein / Mari-Ann Simovart, Differentiation of mistake and fraud as grounds for rescission of transaction, in: *Juridica International* 12, (2007), S. 142-152, 143 ff.

Vollmacht resultiert, etwa die Erledigung, der Widerruf, die Unmöglichkeit, der Fristablauf, der Bedingungseintritt, der Verzicht des Bevollmächtigten, der Tod oder - im Fall der juristischen Person - das Erlöschen des Vollmachtgebers sowie die Insolvenz.

In § 127 finden sich die Rechtsscheinstatbestände aus §§ 170 bis 172 BGB abgebildet. Als Fallgruppen finden sich auch im estnischen Recht der Fortbestand der Außenvollmacht nach der Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber einem Dritten, die Kundgebung der Vollmacht durch öffentliche Bekanntmachung sowie der Fall der Aushändigung einer Vollmachtsurkunde. Eine explizite Regelung erfährt der Fall, dass der Vertreter durch vertragliche Beschränkungen im Innenverhältnis in seinem rechtlichen Dürfen beschränkt ist. Ist die Pflichtverletzung des Vertreters für den Erklärungsempfänger evident, gewährt § 131 dem Vertretenen das Recht, die Willenserklärung des Vertreters zu widerrufen. Das entspricht in der Sache auch der deutschen Rechtslehre, findet sich aber im Text des BGB nicht.

Fehlt dem Vertreter die Vertretungsmacht, ist ein einseitiges Rechtsgeschäft des falsus procurator gemäß § 128 nichtig. Dagegen können andere Rechtsgeschäfte, die der vollmachtlose Vertreter mit einem Dritten abgeschlossen hat, nachträglich vom Vertretenen genehmigt werden (§ 129 Abs. 1). Weitgehend stimmen die Regelungen mit dem BGB überein: Der Dritte hat die Möglichkeit des Widerrufs und kann so den Vertrag hinfällig machen (§ 129 Abs. 5). Ihm steht es frei, den Geschäftsherrn zur Erklärung aufzufordern (§ 129 Abs. 3). Schweigt der Geschäftsherr wird das Schweigen als Verweigerung der Genehmigung gewertet (§ 129 Abs. 4). Der Dritte kann vom falsus procurator, der den Mangel seiner Vertretungsmacht kannte oder hätte kennen müssen, Schadensersatz statt der Leistung verlangen (§ 130 Abs. 2). Andernfalls ist der Vertreter dem Dritten gegenüber zum Ersatz des Vertrauensschaden verpflichtet (§ 130 Abs. 1).

Im Gegensatz zum Allgemeinen Teil des BGB regelt das estnische Gesetz über den Allgemeinen Teil in § 132 die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Haftung für andere Personen in Betracht kommt und bestimmt in § 133 die Frage der Wissenszurechnung. In systematischer Übereinstimmung mit dem BGB finden sich im sechsten Teil des Gesetzes über den Allgemeinen Teil Vorschriften über die Zeitbestimmungen (§§ 134 ff.). Im siebten Teil werden schließlich die Ausübung der Rechte und die Verjährung geregelt. Hier findet sich folgerichtig auch das Prinzip von Treu und Glauben (§ 138).

So läßt sich erstens festhalten, dass der estnische Allgemeine Teil durch Definitionen und lehrbuchartige Erläuterungen anschaulich und benutzerfreundlich formuliert ist, ohne zulasten abstrakter Regelungsichte in eine kasuistische Einzelfallgesetzgebung zu verfallen. Zweitens werden im estnischen Recht ausdrücklich auch Umstände geregelt, die von den Verfassern des BGB als bekannt voraus gesetzt oder bewusst der Klärung durch die Rechtswissenschaft überlassen wurden. So finden sich etwa Bestimmungen, die auch mit der deutschen zivil-

rechtlichen Lehre übereinstimmen und dem BGB zwar zugrundeliegen, aber nicht ausdrücklich im Gesetz niedergeschrieben sind. Schließlich sind inhaltliche Modifikationen durch Auslegung des BGB für besondere Fallgestaltungen in das estnische Gesetz aufgenommen.

3. Das Sachenrechtsgesetz von 1993

Die Vorbereitungen für das Sachenrechtsgesetz begannen mit der Übersetzung des estnischen Entwurfs für ein Zivilgesetzbuch von 1940 in die deutsche Sprache. Diese Übersetzung wurde sodann von dem Kölner Notar Prof. Günter Brambring und der Notarassessorin Frau Dr. Erber-Faller zur Stellungnahme vorgelegt. Deren Vorschläge führten zu einer Ergänzung durch das deutsche Sachenrecht und zwar nicht nur durch das positive Gesetzesrecht, sondern auch durch die Modifikationen, die das deutsche Sachenrecht in den vergangenen Jahrzehnten durch die Rechtsprechung erlebt hatte³⁴.

Das Sachenrechtsgesetz sollte also keine bloße Übersetzung eines deutschen Gesetzes sein - auch das war auf estnischer Seite überlegt worden - vielmehr sollte systematisch und inhaltlich vom deutschen Recht ausgegangen werden. Systematik und Begrifflichkeit des deutschen Rechts sollten rezipiert werden, inhaltlich sollten die Lösungen des deutschen Rechts aber teilweise durch Lösungen aus anderen europäischen Rechtsordnungen ergänzt werden. Das Sachenrechtsgesetz ist sodann am 9. Juni 1993 verabschiedet worden. Während schon das Sachenrecht im Zivilgesetzbuch von 1940 sich eng an das deutsche Sachenrecht angelehnt hatte³⁵, ist das neue Sachenrechtsgesetz von 1993 tatsächlich noch stärker vom deutschen BGB geprägt.

Wie im Gesetz über den Allgemeinen Teil werden auch im Sachenrechtsgesetz die Rechtsinstitute und -begriffe vom Gesetzgeber definiert und systematisch eingeordnet. So bezeichnet § 5 des Sachenrechtsgesetzes das Eigentum sowie die beschränkt dinglichen Rechte wie die Dienstbarkeiten, Realasten, das Erbbaurecht, das Vorkaufrecht und das Pfandrecht als dingliche Rechte. Die Regelungen über Eigentum und Besitz entsprechen inhaltlich dem BGB und stehen mithin in der Tradition des römischen Rechts. Gesetzestechnisch sind dagegen Unterschiede zu bemerken. Eine grundsätzliche Definition des Besitzes enthält § 32, der bestimmt, dass Besitz die tatsächliche Herrschaft über eine Sache ist. Diese Vorschriften werden ergänzt durch Erläuterungen zum unmittelbaren Besitzer (§ 33 Abs. 1), zum Besitzdiener (§ 33 Abs. 2) und zum mittelbaren Besitz (§ 33 Abs. 3). § 35 definiert den berechtigten und unberechtigten Besitz. § 38 bestimmt, dass der Besitz auf den Erben übergeht. Anschaulich werden der Besitzerwerb und die Beendigung des Besitzes in §§ 36-39 sowie der Besitzschutz bei Besitzentziehung und Besitzstörung in §§ 40-50 erklärt.

³⁴ Irene Pakuscher / Sigrun Erber-Faller, Sachenrechtsgesetz. Textdokumentation mit Einführung, WiRO 1994, 181-185, 181 f.; Varul, (FN 3), Rechtstheorie 31, (2000), 349-367, 357; ders., The new Estonian civil code, (FN 17), S. 51-57, 54 f.; Mikk, (FN 17), JOR 2001, S. 31-52, 34 ff., 43 f.; Luts, Privatrechtsreform, (FN 2), S. 51-68, 64 f.

³⁵ Pakuscher / Erber-Faller, (FN 34), WiRO 1994, 181-185, 181; Sootak / Luts, (FN 17), JZ 1998, S. 401-403, 401.

Das Eigentum wird als umfassendes dingliches Recht an einer körperlichen Sache verstanden (§ 68 Abs. 1). Unterschiedliche Eigentumsarten kennt das Gesetz – anders als in sowjetische Zeit üblich – nicht mehr (§ 6). Der Eigentümer hat die Befugnis, die Sache zu besitzen, zu gebrauchen und darüber zu verfügen und vor allem das Recht, andere von der Einwirkung auf seine Sache abzuwehren und eventuell die Beseitigung der Folgen einer Eigentumsverletzung zu verlangen.

Auch der Herausgabeanspruch folgt dem Vorbild des BGB und steht in der Tradition des römischen Rechts: Die §§ 80 ff. regeln den Eigentumsschutz mit einem Herausgabeanspruch, den Folgeansprüchen auf Ersatz der Früchte sowie die Gegenrechte des Besitzers auf Verwendungen. Gemäß § 83 kann der Besitzer einwenden, den Besitz aufgrund eines dinglichen oder anderen Rechts auszuüben. Die ursprüngliche Gesetzesfassung hatte in § 87 Abs. 1 noch deutlich darauf hingewiesen, dass die Herausgabe an den Eigentümer von jedem Besitzer, auch vom gutgläubigen, unentgeltlich zu erfolgen hatte³⁶. Die Gesetzesverfasser hatten sogar hinzugefügt, den angewendeten Geldbetrag könnte der Besitzer von demjenigen verlangen, von dem er die Sache in seinen Besitz bekam. Der originale Gesetzestext von 1993 erhielt daher noch kommentar- und lehrbuchartige Hinweise, um dem Gesetzesanwender bei der Falllösung Hilfestellung zu leisten.

Insbesondere ist das deutsche Trennungs- und Abstraktionsprinzip aus dem deutschen BGB in Estland rezipiert worden. Der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb erfordert also allein einen dinglichen Vertrag und eine Übergabe als Realakt oder ein Übergabesurrogat. Die Wirksamkeit eines schuldrechtlichen Geschäfts ist für die Eigentumsübertragung unerheblich. Das ermöglicht wie im deutschen Recht die klare Bestimmung der Existenz und der Inhaberschaft dinglicher Rechte.

Inhaltlich entsprechen die Regeln für den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, inklusive des gutgläubigen Erwerbs, dem deutschen BGB, nur in der Reihenfolge gibt es kleine Veränderungen. Das Eigentum an einer beweglichen Sache entsteht durch Übergabe der Sache, falls der Veräußerer den Besitz dem Erwerber übergibt und beide sich darüber geeinigt haben, dass das Eigentum auf den Erwerber übergeht (§ 92 Abs. 1). § 92 Abs. 2 ermöglicht die *brevi manu traditio*: Für den Eigentumserwerb genügt die Einigung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber über den Eigentumsübergang, wenn der Erwerber schon im Besitz der Sache ist. § 93 sieht den Eigentumserwerb durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs vom Veräußerer an den Erwerber vor, wenn ein Dritter im Besitz der Sache ist. § 94 regelt schließlich das Besitzkonstitut.

Das Sachenrechtsgesetz ermöglicht auch den gutgläubigen Erwerb: Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache durch Übergabe erwirbt, wird Eigentümer der Sache, sobald die Sache in seinem Besitz ist, auch wenn der Veräußerer zur Eigentumsübertragung nicht befugt war (§ 95 Abs. 1). § 95 Abs. 2 definiert, dass der Erwerber bösgläubig ist, wenn er wusste oder wissen sollte, dass der Veräußerer zur Eigentumsübertragung nicht befugt war.

§ 95 Abs. 3 schließt den gutgläubigen Erwerb des Eigentums gemäß Abs. 1 aus, wenn die Sache dem Eigentümer gegenüber gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst gegen seinen Willen aus seinem Besitz gekommen war. Diese Vorschrift findet jedoch keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere, sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung erworben wurden. Hier springt die Übereinstimmung mit dem BGB geradezu ins Auge.

In § 51 wird bestimmt, daß über die unbeweglichen Sachen und die mit ihnen verbundenen dinglichen Rechte das Grundbuch geführt wird. Ein Grundbuchgesetz, vom 15. September 1993 hat dazu geführt, daß noch im Dezember 1993 die estnischen Grundbuchämter mit ihrer Arbeit begannen. Die Eintragung setzt die notarielle Form voraus (§ 51 Sachenrechtsgesetz mit § 34 Grundbuchgesetz).

Dem Grundbuch kommt gemäß § 56 öffentlicher Glaube zu. Die Richtigkeit der im Grundbuch eingetragenen Angaben wird vorausgesetzt (§ 56 Abs. 1). Wird ein im Grundbuch eingetragenes Recht gelöscht, so gilt es als nicht mehr existent (§ 56 Abs. 2). § 56 Abs. 1 ermöglicht den gutgläubigen Erwerb im Grundbuch eingetragener Rechte: Erwirbt jemand gutgläubig ein im Grundbuch eingetragenes Recht an einer unbeweglichen Sache, etwa das Eigentum an einem Grundstück, so wird der Erwerber in seinem guten Glauben auf die Richtigkeit der Grundbucheintragung geschützt. Der Erwerber ist allerdings nicht nur bösgläubig, wenn er von der Unrichtigkeit wusste, sondern bereits, wenn er von der Unrichtigkeit hätte wissen können. Fahrlässige Unkenntnis reicht demnach aus, um einen gutgläubigen Erwerb auszuscheiden. Darin liegt eine erhebliche Abweichung gegenüber § 892 Abs. 1 S. 1 BGB.

Gemäß § 64 wird eine Übertragung, Belastung oder inhaltliche Änderung eines dinglichen Rechts durch Eintragung in das Grundbuch auf der Grundlage eines dinglichen, notariell beurkundeten Vertrages vorgenommen. Hier findet sich für den Begriff des dinglichen Vertrages eine Legaldefinition. Für den Eigentumserwerb von unbeweglichen Sachen unterstreichen §§ 119 Abs. 1, 120 Abs. 1, dass für den Erwerb des Eigentums an unbeweglichen Sachen ein dinglicher Vertrag erforderlich ist.

Nicht weiter eingegangen werden soll hier auf die Grunddienstbarkeit, den Nießbrauch, die beschränkt-persönliche Dienstbarkeit, die Reallast, das Erbbaurecht und das Vorkaufsrecht, die sämtlich eine enge Verwandtschaft mit den Regelungen des BGB aufweisen. Das gilt auch für die sogenannte Notation gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 1, die zur Sicherung des Anspruchs auf Erwerb oder Aufhebung eines dinglichen Rechts an einer unbeweglichen Sache, auf Änderung des Inhalts oder Rangs eines solchen Rechts oder anderer Ansprüche, darunter auch eines künftigen oder bedingten Anspruchs, in das Grundbuch eingetragen werden. Sie entspricht in ihren Voraussetzungen und Wirkungen der Vormerkung in § 883 BGB.

³⁶ Aufgehoben zum 1.7.2003.

Abstrakt wie der Eigentumserwerb vollzieht sich auch der Erwerb des Pfandrechts an beweglichen Sachen. Gemäß § 282 Abs. 1 entsteht das Faustpfandrecht, indem der Verpfänder die Sache in den Besitz des Pfandhalters gibt und sie sich über die Bestellung des Pfandrechts einigen. Hier finden sich jedoch auch Neuerungen gegenüber dem BGB. Das estnische Sachenrechtsgesetz enthält neben dem Faustpfand- ein Registerpfandrecht (§§ 297-303), das dem Verpfänder erlaubt, im unmittelbaren Besitz der Sache zu verbleiben. Das Pfandrecht wird in diesem Fall durch die Registrierung des Pfandrechts bestellt³⁷. Damit soll eine Sicherungsübereignung entbehrlich sein.

Ebenfalls eine neue Lösung hat das estnische Sachenrechtsgesetz für das Grundpfandrecht entworfen (§§ 325-364): Nach § 325 Abs. 1 kann eine unbewegliche Sache in der Weise mit der Hypothek belastet werden, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt (Hypothekeninhaber), das Recht zur Befriedigung aus der verpfändeten unbeweglichen Sache wegen einer Forderung zusteht. Eine Hypothek entsteht gemäß § 326 Abs. 1 durch die Eintragung ins Grundbuch, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt. § 363 regelt beispielsweise ein gerichtlich bestelltes Grundpfandrecht. Allerdings, und hier liegt die Besonderheit gegenüber dem BGB, setzt die Hypothek gemäß § 325 Abs. 4 nicht das Bestehen einer gesicherten Forderung voraus. Die Hypothek ist daher nicht akzessorisch ausgestaltet und kann nur als Buchgrundpfandrecht bestellt werden. Tatsächlich liegt hier also – in deutscher juristischer Terminologie – eine Buchgrundschuld vor³⁸.

4. Das Gesetz über das Schuldrecht von 2002

Für das estnische Schuldrechtsgesetz sollten selbstredend die neueren europäischen Entwicklungen berücksichtigt werden. Hier sind im Gesetzgebungsverfahren neben den Richtlinien der Europäischen Union vor allem die UNIDROIT-Grundsätze von 1994, das UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf von 1980 (CISG, Wiener Kaufrecht) und die Regeln des europäischen Vertragsrechts der Lando-Kommission von 1995 einbezogen worden³⁹. Die grundlegende gutachterliche Stellungnahme zur Konzeption und zum Inhalt des estnischen Schuldrechts stammte von Peter Schlechtriem.

Das estnische Schuldrechtsgesetz trat am 1. Juli 2002 in

Kraft. Es teilt sich in einen allgemeinen und einen besonderen Teil. Der allgemeine Teil enthält Regelungen zum Vertragsschluss und zur culpa in contrahendo (§ 14), zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und zum Verbraucherschutz, zu den Schuldner- und Gläubigermehrheiten sowie zum Vertrag zugunsten Dritter und zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte.

Hier sollen aus dem Schuldrecht nur zwei Punkte hervorgehoben werden. Den Vertragsschluss, der sich im deutschen BGB im Allgemeinen Teil findet, regelt das estnische Recht in §§ 8 ff. des Gesetzes über das Schuldrecht. Die Bindungswirkung des Vertrages wird in § 8 Abs. 2 ausdrücklich hervorgehoben. Der Vertragsschluss verlangt gemäß § 9 Abs. 1 Angebot und Annahme. Gemäß § 16 Abs. 1 muss der Antrag hinreichend bestimmt sein. Vom Antrag wird in § 16 Abs. 2 die invitatio ad offerendum abgegrenzt. Hier zeigt sich gegenüber dem BGB wieder die lehrbuchartige Anschaulichkeit des estnischen Rechts. § 18 Abs. 1 S. 2, der die Annahmefrist bei einem Antrag unter Abwesenden regelt, entspricht § 147 Abs. 2 BGB.

Anders als im deutschen BGB ist der zentrale Begriff der Leistungsstörungen die Nicht-Erfüllung (§ 100). Obwohl jedoch das estnische Schuldrechtsgesetz nicht vom Begriff der Pflichtverletzung, sondern vom Terminus „Nicht-Erfüllung“ ausgeht, soll dem Gläubiger – wie im BGB – vorrangig ein Anspruch auf Erfüllung zustehen (§ 108). Ein Schadensersatzanspruch setzt zusätzlich ein Vertretenmüssen voraus (§ 115).

Der besondere Teil des Schuldrechts, enthält einerseits typische Schuldverträge sowie andererseits Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag, den deliktischen Schadensersatzanspruch und die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Dabei geht das estnische Gesetz im Deliktsrecht von einer Generalklausel aus (§ 1043), um dann jedoch verschiedene Fallgruppen zu formulieren (§ 1045), die teils dem deutschen Recht entsprechen, teils über das deutsche BGB hinausgehen. Das gilt entsprechend für die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 1131 ff.)

III. Rechtstransfer als Wiedergewinnung der eigenen Rechtstradition

Der kurze Überblick hat gezeigt, dass trotz einiger durchaus markanter Unterschiede inhaltlich und systematisch eine große Übereinstimmung zwischen dem estnischen und deutschen Privatrecht besteht. Hervorzuheben sind hier insbesondere das Trennungs- und Abstraktionsprinzip, die Regelung des Grundbuchs und die Bestimmungen zum gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen. Gesetzestechnisch sind allerdings erhebliche Differenzen erkennbar. Die hier betrachteten Gesetze sind durch Definitionen und lehrbuchartige Erläuterungen anschaulich und benutzerfreundlich formuliert. Auch werden über die Grundregel hinaus auch besondere Fallgestaltungen explizit gesetzlich entschieden.

Geistesgeschichtlich ist der hier vorgestellte Rechtstransfer nach Estland ein Rezeptionsvorgang, wie ihn die eu-

³⁷ Zum Registerpfandrecht statt aller: Eva Maria Kieninger, Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt: Zum Einfluß der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedsstaaten, Baden Baden 1996; dies., Security rights in movable property in European private law, Cambridge 2004; Ulrike Seif, Der Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten im deutschen und englischen Recht, Tübingen 1997.

³⁸ Pakuscher / Erber-Faller, (FN 34), WiRO 1994, 181-185, 182.

³⁹ Irene Kull, Effect of Harmonisation of European Civil Law on Development of Estonian Law of Obligations, *Juridica International* III, 1998, S. 98-102; Varul, (FN 3), *Rechtstheorie* 31, (2000), 349-367, 363 f.; ders., The new Estonian civil code, (FN 17), S. 51-57, 55 f.; Mikk, (FN 17), *JOR* 2001, S. 31-52, 34 f., 38 ff.; Peter Schlechtriem, The new law of obligations in Estonia and the developments towards unification and harmonisation of laws in Europe, in: *Juridica International* 2001, S. 16-22, 18 ff.; ders., Basic structures and general concepts of the CISG as models for a harmonization of the law of obligations, in: *Juridica International* 2005, S. 27-34, 31 ff.

ropäische Kultur- und Rechtsgeschichte vielfach kennt. Als Rezeption wird bekanntlich die freiwillige „Übernahme fremder Kulturgüter oder einzelner Kulturelemente“ bezeichnet, die gezielt und zeitlich begrenzt, aber auch in einem lange anhaltenden und nicht geplanten sozialen Prozess ablaufen kann⁴⁰. Während die Rezeption des römischen Rechts gerade nicht als Übernahme von Normen und Lehrsätzen verstanden wird, liegt hier eine gezielte und im Grunde sogar eine beinahe vollständige Übernahme einer – im Vergleich zur sowjetischen Gesetzgebung – anderen Rechtsordnung vor. Diesen Rezeptionsvorgang hat Estland selbst aktiv gestaltet. Insofern lässt sich von einer freiwilligen und zeitlich konzentrier-

ten Rezeption sprechen. Estland hat bewusst an die historischen Verbindungen zum deutschen Recht und zur deutschen Rechtswissenschaft angeknüpft und auf diesem Wege zugleich die eigene Rechtstradition wiederbelebt. Der Rechtstransfer seit Beginn der neunziger Jahre des 20. Jahrhunderts kann daher als Wiedergewinnung und Wiederanknüpfung an die eigene estnische Rechtskultur und Rechtstradition verstanden werden. Während bei der Rezeption des römischen Rechts, das die gelehrten Juristen als Vermittler angesprochen hat, deren Denken das einheimische Recht formte⁴¹, muss im Prozess der estnischen Rezeption noch offen bleiben, inwieweit die in der Rechtspraxis tätigen estnischen Juristen durch den Rezeptionsvorgang in der Anwendung des rezipierten Rechts in ihrem Rechtsdenken und ihrer Methodik beeinflusst wurden und inwieweit sich das rezipierte Recht in den vergangenen 20 Jahren in der Rechtspraxis verändert und fortentwickelt hat.

⁴⁰ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 125 ff.; Wolfgang Sellert, *Zur Rezeption des römischen und kanonischen Rechts in Deutschland von den Anfängen bis zum Beginn der Frühen Neuzeit*, in: Hartmut Boockmann u.a. (Hrsg.), *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, Bd. 1, 1998, S. 115–166, 116; Hans Kiefner, *Rezeption (privatrechtlich)*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 4, Berlin 1990, Sp. 970–984; Steffen Schlinker, *Rezeption des römisch-kanonischen Rechts*, in: *Enzyklopädie der Neuzeit*, Bd. XI, Stuttgart / Weimar 2010, Sp. 201–213.

⁴¹ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, (FN 40), S. 131, 225 ff.; Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. I, München 1988, S. 61.

El derecho común y los juristas castellanos

Marina Rojo Gallego-Burín

The assimilation of ius commune into Europe is the most important event of the European historical-legal past. We need to study ius commune to understand contemporary legal systems. In the study of ius commune it is important to emphasize that there was no unitary law throughout the European continent. Each territory assimilated ius commune in a different way. For example, each kingdom of the Iberian Peninsula absorbed it differently. The aim of this paper is to study how the kingdom of Castile assimilated ius commune. Also, we analyze the treatment that ius commune has received by the Castilian jurists, especially Alonso Díaz de Montalvo, Lorenzo Galíndez de Carvajal, Antonio León Pinelo and Juan de Solórzano Pereira. These jurists were in favor of the application of ius commune. As well as, we studied those jurists who were opposed to the application of it such as Miguel de Sabuco, Pedro Simón Abril or Juan de Madariaga, among others.

La recepción del Derecho común es el fenómeno histórico-jurídico más importante acaecido en Europa, dada su extensión temporal y espacial. Para una adecuada comprensión de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es preciso estudiar el ius commune. No obstante, esto no nos puede llevar al equívoco de creer que existiera un Derecho unitario en todo el continente europeo. Por ejemplo, cada uno de los reinos de la Península Ibérica lo recibió de un modo distinto. En este artículo pretendemos poner nuestra atención en el reino de Castilla y comprobar cual es la postura que ha adoptado el legislador castellano a lo largo de la Edad Moderna. Asimismo, analizamos cómo han tratado los juristas castellanos el ius commune. Centramos nuestra atención en Alonso Díaz de Montalvo, Lorenzo Galíndez de Carvajal, Antonio León Pinelo y Juan de Solórzano Pereira, que se singularizan por su actitud favorable a la aplicación del Derecho común. También nos ocupamos de aquellos tratadistas que, pese a no ser frecuentemente estudiados, se caracterizaron por adoptar una posición contraria a su aplicación, tales como Miguel de Sabuco, Pedro Simón Abril o Juan de Madariaga, entre otros.

I. Introducción

Desde el siglo XII, los países europeos empezaron a asimilar, con mayor o menor intensidad, un ordenamiento jurídico elaborado por los juristas de Bolonia a partir del Derecho romano, el Derecho canónico y el Derecho feudal. Este fenómeno es conocido como la recepción del ius commune. Se utiliza ese adjetivo por su carácter universal, pues afectó a todos los reinos europeos¹. Se trata del acontecimiento histórico-jurídico más importante del pasado de Europa, tanto por su extensión temporal —desde el siglo XII hasta el XVIII—, y espacial —Europa continental—, como por su magnitud². El Derecho vigente en Europa a lo largo de casi siete siglos³ derivó en

¹ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: Ius romannum. Ius commune. Common law. Civil law”, *GLOSSAE: European Journal of Legal History*, 13 (2016), pp. 276–306, maxime pp. 280 y 281.

² A. PÉREZ MARTÍN, “El estudio de la recepción del Derecho común en España”, en P. SALVADOR CODERCH y J. CERDÁ RUIZ-FUNES (Coords.), *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho privado: nuevas técnicas de investigación*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 1985, pp. 241–326, maxime p. 242; y A. PÉREZ MARTÍN, “El Derecho común y la Unión Europea”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 13 (1995), pp. 183–196, maxime p. 189.

³ Advértase que nos referimos a siete siglos en un sentido lato, la

mayor o menor medida del Derecho común; de él emergen el Derecho castellano, pero también el Derecho alemán, el italiano o el francés. Según Pérez Martín, para una perfecta comprensión de todos los ordenamientos jurídicos europeos es necesario partir de un pasado jurídico común⁴. Pero esto no debe llevar al equívoco de considerar que en Europa a partir de la recepción existiera un Derecho unitario en todo el continente; como afirmó Tomás y Valiente, esa *reductio ad unum* “no elimina, sino que ordena, no suprime, sino que subordina”⁵. La recepción no fue uniforme ni sincrónica en el continente. Por lo que este fenómeno debe ser estudiado en cada uno de los países. La convicción europeísta que defendía la idea de una Europa unida bajo el Derecho común resulta equívoca. Prueba de ello son las divergencias existentes entre cada uno de los países. Mencionemos algunas.

Britania, como denominó Roma a la actual Inglaterra, es un territorio que no se singularizó por la romanización. Existe polémica sobre si fue el continente europeo el que se distanció de la isla o viceversa⁶, pero lo cierto es que se produjo el rechazo del estamento de los juristas británicos a la recepción del Derecho romano, en defensa del *ius proprium*. A lo que hay que añadir las medidas adoptadas por los reyes Esteban I, Enrique II y Enrique III prohibiendo la enseñanza del Derecho romano⁷. Pese a que la tradición jurídica inglesa se denomina *common law* —vigente desde el siglo XII— no debe confundirse con el *ius commune*. Se trata de sistemas jurídicos diferenciados y, en cierto modo, contrapuestos⁸, aunque puedan apreciarse influencias romano-canónicas en el Derecho inglés. Dicho influjo permite formular ciertos paralelismos entre estas dos tradiciones jurídicas diferentes; así por ejemplo, comparten el hecho de ser sistemas judiciales casuísticos, la exaltación de la jurisprudencia⁹ o las acciones inglesas y la estructura del Derecho romano clásico.

En cuanto al Sacro Imperio Romano Germánico, sus titulares adoptaron una posición favorable al Derecho romano. De hecho, puede demostrarse cómo los emperadores concebían el Derecho romano como ley propia. A fines del siglo XV se inicia en Alemania un etapa conoci-

da como recepción práctica o plena del Derecho común. El reinado de Maximiliano I supuso un punto de inflexión en la recepción del *ius commune*, gracias a la creación en 1495 del Reichskammergericht, o Tribunal de la Cámara del Imperio. De acuerdo con la Ordenanza del mencionado tribunal, la mitad de sus magistrados debían ser expertos en Derecho romano, y la otra mitad, miembros del grupo de los caballeros. Deberían impartir justicia según el Derecho romano-canónico y los Derechos locales, si las partes solicitaban su aplicación¹⁰.

Las razones que ofrece la doctrina sobre la aplicación del Derecho romano-canónico en territorios que no integraban el Imperio son variadas y dispares, pero es incuestionable que el *ius commune* fue aplicado como Derecho imperial. También es cierto que aunque exista una influencia indudable, resulta complejo distinguir con precisión entre el *ius commune* y el Derecho anterior a la recepción¹¹.

En contraste con el rechazo de Inglaterra a la recepción, Francia recibió el *ius commune* con particular intensidad desde el siglo XII. No obstante, en Francia se deben distinguir dos ámbitos bien diferenciados: el sur, bajo la influencia del Derecho común —países de *droit écrit*—, y el norte, dominado por el Derecho consuetudinario —países de *droit coutumier*—¹². Dicha distinción apareció por primera vez en una ordenanza aprobada por Blanca de Castilla el 8 de abril de 1250¹³.

Por tanto, son manifiestas las diferentes actitudes que adoptaron los territorios de la Europa continental frente a la recepción del Derecho común, pero es indudable que todos, en mayor o menor medida, se vieron influidos por este acontecimiento. Una vez analizado el contexto europeo, es el momento de analizar el fenómeno de la recepción en los reinos hispánicos, territorios que tampoco conocieron al unísono este fenómeno y donde se suscitaban opiniones dispares. Un modo de comprobarlo es a través de la jurisprudencia de la época. En ese sentido, nos proponemos analizar el pensamiento de los juristas que asimilaron el *ius commune* y, después, el de los que no dudaron en censurar su empleo y defendieron el Derecho propio.

II. La recepción del *ius commune* en Castilla.

La Península Ibérica conoció también la recepción del Derecho común. La peculiaridad de la recepción del Derecho común en la Península radica en su fragmentación territorial y jurídica. De ahí que cada uno de los reinos hispánicos admitiera de forma diferente el *ius commu-*

etapa de plenitud se desarrolló entre el siglo XII al XVII, un periodo precedido y seguido de tiempos de iniciación y decadencia. Vid. F. TOMÁS Y VALIENTE, “El «*ius commune europaeum*» de ayer y de hoy”, *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo*. Instituto de Derecho Común Europeo, 5-6 (1993-94), pp. 9-16, maxime p. 13.

⁴ A. PÉREZ MARTÍN, “El Derecho Común y la Unión Europea” cit., p. 187.

⁵ F. TOMÁS Y VALIENTE, “El «*ius commune europaeum*» de ayer y de hoy”, cit., p. 11.

⁶ M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, “*Ius commune* y *Common Law*”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 15 (2008), pp. 327-344, maxime pp. 336-337.

⁷ J.L. ZAMORA MANZANO, “Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho Romano en el *Common Law*”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, 5 (Febrero 2000), pp. 419-430, maxime pp. 422 y 423.

⁸ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario” cit., p. 261.

⁹ M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, “*Ius commune* y *Common Law*” cit., p. 336.

¹⁰ C. A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*. Traducción de Laura Gutiérrez-Masson, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 154.

¹¹ M. J. ROCA FERNÁNDEZ, “La recepción del *ius commune* por el Tribunal Superior del Sacro Imperio Germánico”, *e-Legal History Review*, 10 (2010), pp. 1-34.

¹² A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario” cit., p. 293; M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, “*Ius commune* y *Common Law*” cit., p. 331.

¹³ C. A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea* cit., p. 160.

ne¹⁴. Es lo que Lalinde Abadía llamaba “penetración diferenciada”¹⁵.

Cuatro fueron las causas que justificaron la recepción del Derecho romano justiniano en la Península¹⁶:

1. El apoyo de los monarcas, como medio de fortalecer su poder político.
2. El progreso industrial y mercantil. Los Derechos municipales resultaban exiguos para regular el nuevo modelo económico y social incipiente, que dejaba de ser eminentemente agrario.
3. El Derecho romano-canónico era un Derecho más técnico y perfecto.
4. Una serie de corrientes ideológicas que influyeron en todos los ámbitos culturales, tales como la escolástica.

Del mismo modo que el estudio de la recepción del *ius commune* se hace por separado en cada uno de los territorios europeos, las repercusiones de ese acontecimiento en la Península deben también analizarse en cada uno de los reinos que la conformaban, sin perjuicio de que prestemos especial atención a la Corona de Castilla¹⁷.

El estudio del *ius commune* en Castilla nos obliga a referirnos al Ordenamiento de Alcalá, promulgado por Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de Henares de 1348. La importancia de dicho texto reside en que expuso la actitud de la Monarquía hacia el Derecho común¹⁸. Pasemos a analizar el texto.

La ley primera del título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá, (Como todos los pleytos se deben librar primeramente por las Leys deste Libro; et lo que por ellas non se pudiere librar, que se libre por los Fueros; et lo que por los Fueros non se pudiere librar, que se libre por las Partidas), dice así:

Nuestra entencion, é nuestra voluntat es, que los nuestros naturales, é moradores de los nuestros Regnos sean mantenidos en pas, é en justicia: et como para esto sea menester dar Leys ciertas por dō se libren los pleytos, é las

contiendas, que acaescieren entrellos, è maquer que en la nuestra Corte vsan del fuero de las leys, é algunas Villas de nuestro Senorio lo han por fuero, é otras Cidades é Villas han otros fueros departidos, por los quales se pueden librar algunos pleytos, pero porque muchas veces son las contiendas, è los pleytos, que entre los omes acaescen, è se mueven de cada dia, que se non pueden librar por los fueros; por ende queriendo poner remedio conuenible à esto establesçemos, è mandamos, que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas, que se vsaron, salvo en aquellas que Nos fallaremos que se deben mejorar, è emendar, è en las que son contra Dios, è contra raçon, è contra Leys, que en este nuestro libro se contienen, por las quales Leys en este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleitos ceviles, é criminales; é los pleytos, é contiendas que se non pudieren librar por las Leys deste nuestro libro, é por los dichos fueros, mandamos que se libren por las Leys contenidas en los Libros de las siete Partidas, que el Rey Don Alfonso nuestro Visabuelo mandò ordenar, como quier que fasta aquí non se falla que sean publicadas por mandado del Rey, nin fueron avidas por Leys; pero mandamoslas requerir, è concertar, è emendar en algunas cosas que cumplan; et así concertadas, è emendadas porque fueron sacadas de los dichos de los Santos Padres, è de los derechos, è de dichos de muchos Sabios antiguos, è de fueros, è de costumbres antiguas de Espanna, damoslas por nuestras Leys (...). Et porque al Rey pertenesce, è hà poder de facer fueros, è Leys, è de las interpretar, è declarar, è emendar dō viere que cumple, tenemos por bien que si en los dichos fueros, ó en los libros de las Partidas sobredichas, ò en este nuestro libro, ò en alguna, ò en algunas Leys de las que en el se contienen, fuere menester interpretacion, ò declaracion, ò emendar, ò annadir, ò tirar, ò mudar, que Nos que lo fagamos: Et si alguna contrariedad paresciere en las Leys sobredichas entre si mesmas, ò en los fueros, ò en qualquier dellos, ò alguna dubda fuere fallada en ellos, ò algunt fecho porque por ellos non se puede librar, que Nos que seamos requeridos sobrello, porque fagamos interpretacion, ò declaracion, ò emienda, do entendieremos que cumple, è fagamos Ley nueva la que entendieremos que cumple sobrello, porque la justicia, ò el derecho sea guardado. Empero bien queremos, é sofrimos que los libros de los derechos, que los Sabios antiguos ficiéron, que se lean en los Estudios generales de nuestro Sennorio, porque ha en ellos mucha sabiduria, è queremos dar logar, que nuestros naturales sean sabidores, è sean por ende mas onrrados¹⁹.

Aunque esta ley ha sido citada en múltiples ocasiones,

¹⁴ A. TORRENT, “La recepción del Derecho Justiniano en España en la Baja Edad Media (siglos XII-XV). Un capítulo en la Historia del Derecho europeo”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, 10 (abril 2013), pp. 26-119.

¹⁵ J. LALINDE ABADÍA, “El Derecho común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón”, España y Europa, un pasado jurídico común. *Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común* (Murcia, 26/28 de marzo de 1985). Edición a cargo de Antonio Pérez Martín, Murcia, 1986, pp. 145-178, maxime p. 150.

¹⁶ Estas causas han sido reiteradas por la doctrina. Vid., J. M. FONT RIUS, “La recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica durante la Edad Media”, en *Recueil des mémoires et travaux publiés par la Société de Droit et des Institutions des anciens pays de droit écrit*, 5 (Montpellier, 1967), pp. 85-104, maxime p. 86; J. LALINDE ABADÍA, “Rasgos evolutivos del Derecho privado de los siglos XII a XIV en la Corona de Aragón”, VII Congreso de Historia de la Corona de Aragón, vol. III, Barcelona, 1962, pp. 172 y ss.

¹⁷ Vid., sobre los demás reinos de la Península Ibérica: J. M. FONT RIUS, “La recepción del Derecho Romano” cit., pp. 102 y 103; F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, Ed. Tecnos, 1980, p. 202.

¹⁸ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español* cit., pp. 231 y 243.

¹⁹ El Ordenamiento de Leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho. Publicarlo con notas, y un discurso sobre el Estado, y condición de los judíos en España, los doctores D. Ignacio Jordan de Asso y del

nos ha parecido necesario reproducirla aquí debido a su complejidad. Nos enfrentamos a un texto problemático, tanto para el jurista del Antiguo Régimen como para el historiador del Derecho actual. Tras su lectura resulta difícil establecer con precisión ese Derecho territorial que conformaba “las leyes nuevas del rey”, y determinar la aplicación supletoria de las Partidas²⁰, tras “los fueros de las tierras et de los lugares”. Aunque es innegable que en esta ley se consigna la victoria del Derecho regio sobre el municipal, supone una constante indeterminación del Derecho castellano, que abocó a la inviabilidad del sistema de fuentes establecido en 1348²¹.

Como ha escrito Carlos Petit, la asunción del rey como legislador “sólo es comprensible en el marco de la recepción”²². Al rey-juez altomedieval, que declara el Derecho, sucede el rey-legislador bajomedieval, que crea el Derecho²³. Por otra parte, al establecerse que en defecto del propio Ordenamiento de Alcalá se apliquen los fueros municipales, tácitamente se está permitiendo la aplicación del Fuero Real allí donde estuviera en vigor. En tercer lugar, las Partidas se convierten en Derecho supletorio, y éstas se hallan inspiradas, aunque no sólo, en el Derecho común. Según Tomás y Valiente, el papel de las Partidas en el Ordenamiento de Alcalá respecto del ius commune resulta paradójico, pues indudablemente supone la introducción de éste, pero indirectamente, por medio de su incorporación al texto alfonsino, no como Derecho romano-canónico en su conjunto²⁴. Por otra parte, la ley concluye admitiendo que los “libros de los Derechos que los sabios antiguos fizieron”, vale decir el Derecho común, se lean en los Estudios generales de Castilla. A partir de ese momento los juristas y su doctrina juegan un papel fundamental, pues confirmarán el carácter subsidiario del Derecho común²⁵.

La aprobación del Ordenamiento de las Cortes de Briviesca, celebradas por Juan I en 1387, supuso un punto de inflexión en el ámbito de las alegaciones jurídicas. A partir de ese momento, el legislador adopta una postura restrictiva, limitando los fundamentos de Derecho y doctrinales que los abogados podían aportar en sus alegaciones, con la pretensión de evitar la dilación de los pleitos y los abusos de los letrados²⁶. En este sentido, la ley 10 del Ordenamiento de Briviesca dispone que los abogados y procuradores aleguen “leys, é derechos, é de-

cretales, é partidas é fueros como entendieren que les mas cumple”²⁷. Se ha debatido la cuestión de si esta disposición contradecía el Ordenamiento de Alcalá o venía a corregirlo. Según afirma Serna Vallejo, ambos textos no tienen por qué ser contradictorios²⁸, incluso son complementarios, pues el Ordenamiento de Alcalá establece el orden de prelación de fuentes que tienen que aplicar los impartidores de justicia, y, el de Briviesca, el que deben alegar los letrados. Así pues, las dos disposiciones se dirigen a destinatarios distintos.

Cuatro décadas más tarde, Juan II dictó la conocida pragmática de 8 de febrero de 1427. En ella confirmó la posibilidad de que los juristas utilizasen el ius commune en sus alegaciones jurídicas, esta vez a través de sus glosas. Debido a las prolijas argumentaciones que formulaban los letrados de la época, esgrimidas con una selva de autoridades, la pragmática estableció una nueva limitación, esta vez en cuanto a los juristas que podrían alegarse:

*«que las partes nin sus letrados e abogados, nin otros algunos non sean osados de allegar nin alleguen, nin mostrar nin muestren en los tales pleitos e causas e quistiones nin en alguno dellos, ante de la conclusión nin después, por palabra nin por escripto nin en otra manera alguna, por sí nin por otro, en juizio nin fuera de juizio, por vía de disputaçión nin de informaçión, nin en otra manera que sea, para fundación de su intençión nin para exclusión de la intençión de la parte contraria, nin en otra manera alguna, opinion nin determinaçion nin decisión nin dicho nin actoredad nin glosa de qualquier doctor nin doctores nin de otro alguno, así legistas como canonistas, de los que han seído fasta aquí despues de Juan Andrés e Bartulo, nin otrosi de los que fueren de aquí adelante»*²⁹.

El propósito regio de restringir el número de autoridades alegables en juicio persistió en los monarcas sucesivos. Los Reyes Católicos, por medio de una pragmática de 21 de mayo de 1499, promulgaron las Leyes por la brevedad e orden de los pleytos, donde establecieron que, en materia canónica, se prefiriese la opinión de Juan Andrés y que, en su defecto, se siguiera la del Abad Panormitano, y en materia legal, la de Bártolo y, en su defecto, la de Baldo³⁰. Por otra parte, los mismos Reyes Católicos, en Bar-

Rio, Y D. Miguel de Manuel Y Rodríguez, por D. Joazchin Ibarra, Madrid, 1774. Ed. utilizada: Valladolid, Ed. Lex Nova, 1975.

²⁰ B. CLAVERO, “Notas sobre el Derecho territorial castellano, 1367-1445”, Historia, Instituciones, Documentos, 3 (1976), pp.141-165, maxime p. 143.

²¹ Ibidem, pp. 148 y 165.

²² Es célebre el texto de las Instituciones de Justiniano: “sed et quod principi placuit, legis habet vigorem”. Instituciones (1, 2, 6).

²³ C. PETIT, “Derecho común y Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVIII)”, Revue d'Histoire du Droit, 50 (1982), pp. 157-195.

²⁴ F. TOMÁS Y VALIENTE, Manual de Historia del Derecho español cit., pp. 243 y 244.

²⁵ C. PETIT, “Derecho común y Derecho castellano” cit., p. 160.

²⁶ M. SERNA VALLEJO, “El régimen legal de las alegaciones jurídicas en la Corona de Castilla y en los Reinos de Navarra y de la Corona de Aragón en la Baja Edad Media y en la época Moderna”, en Ius Fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos, 17 (2011-2014), pp. 11-54, maxime pp. 23 y 24.

²⁷ Cortes de Briviesca de 1387, ley 10, en Colección de Cortes de los Reynos de Leon y de Castilla. Dada a la luz por la Real Academia de la Historia, Madrid, imprenta de D. Marcelino Calero y Portocarrero, 1836, p. 28.

²⁸ M. SERNA VALLEJO, “El régimen legal de las alegaciones jurídicas” cit., p. 26.

²⁹ M. A. PÉREZ DE LA CANAL, “La Pragmática de Juan II, de 8 de febrero de 1427”, Anuario de Historia del Derecho Español (=AHDE), 26 (1956), pp. 659-668, maxime p. 667.

³⁰ “Otro si muchas vezes acaesce que en la decision delas causas ha hauido e hay mucha confusion por la diuersidad de las opiniones de los doctores que escriuieron mandamos que en materia canonica se prefiera la opinion de Juan Andres e en defecto de la opinion de Juan Andres se siga la opinion del Abad de Sicilia: e en materia legal se prefiera la opinion del Bartholo e en defecto della se siga la opinion del Baldo”. Leyes hechas por los muy altos y muy poderosos principes y señores el rey don Fernando y la reyna doña Isabel nuestros soberanos señores por la brevedad y orden de los

celona, el 6 de julio de 1493, habían sancionado una pragmática —que pasaría más tarde a la Nueva Recopilación—, exigiendo que para acceder a un oficio de justicia se acreditara haberse instruido en Derecho canónico o civil durante al menos diez años³¹.

No obstante, estas leyes resultaron ineficaces, y los monarcas se vieron obligados a dictar nuevas disposiciones. La ley primera del Ordenamiento de las Cortes de Toro de 1505 confirma el orden de prelación de fuentes establecido en el Ordenamiento de Alcalá de 1348³². ¿Qué supuso esta disposición? Dicha norma implicó una doble consecuencia: por una parte, que los jueces no pudieran aplicar en sus resoluciones ni los textos romano-canónicos ni las opiniones doctrinales. Sin embargo, como la ley primera de Toro no derogaba la normativa de Briviesca, los juristas podrían alegar el *ius commune*. Por otra parte, revocaba la ley de citas de 1499, por no haber logrado los objetivos para los que se dictó y suscitar grandes inconvenientes. Según Serna Vallejo, esta hipótesis se confirma al incorporarse a la Nueva Recopilación ambas disposiciones, la ley primera de Toro y la ley 10 de Briviesca³³.

Por su parte, la ley 2 de Toro exigió que para ocupar cargos de justicia se acreditara el estudio de las “leyes de ordenamientos y pragmáticas, Partidas y Fuero real”³⁴, es

decir, el Derecho del reino, con el propósito de que el orden de prelación de fuentes fuese respetado.

Bajo el reinado de Felipe II, en 1594, el Consejo de Castilla dictó un auto que restringía las autoridades doctrinales alegables por los abogados. En esta ocasión no se especificaba cuáles podían utilizarse, simplemente se determinaba que sólo fuesen alegados “la ley, o Doctor que principalmente tocara al punto”³⁵.

Hasta aquí la normativa castellana que refleja la actitud del legislador frente a la aplicación del Derecho común. Es necesario advertir que la vigencia de estas normas se prolongó en el tiempo; la Novísima Recopilación (1805) reiteró el orden de prelación de fuentes de Alcalá, e incorporó la ley de Briviesca, aunque no el auto de 1594³⁶. Así pues, aunque los jueces no pudieran valerse de los textos y autoridades del *ius commune*, no sucedía lo mismo con los letrados, a quienes se les seguía permitiendo. En definitiva, el Derecho romano-canónico es introducido por vía decisionista, pero es fundamental en este análisis la postura adoptada por sus aplicadores, los juristas.

III. El *ius commune* en la doctrina jurídica.

Como escribió Tomás y Valiente, “el jurista como intérprete, y la interpretación como lectura creativa a partir de unos textos dotados de prestigio casi mitificador, constituyen el protagonista y el método de un naciente y expansivo «ius commune»”³⁷. Los juristas y sus obras jugaron un papel esencial en la recepción del Derecho común³⁸. En torno a la normativa regia analizada en páginas precedentes, los juristas formularon interpretaciones propias, creando cada uno su particular orden de prelación de fuentes. Aunque durante la Edad Moderna el orden establecido en las Leyes de Toro nunca fue discutido, en la práctica no se observaba, pues en lugar

pleytos fechas en la villa de Madrid año del señor de 1499, Salamanca, Tip. de Nebrija: Gramática, 26 junio 1499, cap. XXXVII.

³¹ “Mandamos que ningun letrado pueda auer ni aya officio ni cargo de justicia, ni pesquisador ni relator en el nuestro consejo, ni en las nuestras audiencias ni chancillerías, ni en ninguna ciudad, villa ni lugar de nuestros reynos, sino constare por fee delos notarios delos estudios auer estudiado en los estudios de qualquier vniversidad destos nuestros reynos o de fuera dellos y residido enellos estudiando derecho canonico o ciuill, alomenos por el espacio de diez años, y que ayan edad de veynte y seys años”. Recopilacion de las Leyes destos Reynos, hecha por manadado dela Magestad Catholica del Rey don Philipippe Segundo nuestro Señor. Contienen en este libro las leyes hechas hasta fin del año de mil y quinientos y ochenta y vno, excepto las leyes de Partida, y del Fuero, y del Estilo: y tambien van en las visitas de las Audiencias, en casa de Iuan Iniguez de Liquerica impresor de libros, año 1581, (3,9,2).

³² “Primeramente por quanto el señor rey don Alfonso en la villa de Alcala de Henares, era de mil e trezientos e ochenta e seys años fizo una ley cerca de la orden que se devia tener en la determinación e decisión de los pleytos e causas (...). E por quanto nos ovimos fecho en la villa de Madrid, el año que pasó de noventa e nueve, ciertas leyes e ordenanças, las quales mandamos que se guardasen en la ordinacion e algunas, en la decisión de los pleytos e causas, en el nuestro Consejo e en las nuestras Audiencias, e entre ellas feziomos una ley e ordenança que fable cerca de las opiniones de Bartolo, e Baldo e de Juan Andres, e el Abad, qual dellas se debe seguir en dubda, a falta de ley, e porque agora somos informados, que lo que fezimos por estorvar la prolixidad e muchedumbre de las opiniones de los doctores, ha traído mayor daño e incoveniente, por ende, por la presente revocamos, cassamos, e anulamos, en quanto a esto, todo lo contenido en al dicha ley e ordenança por nos fecha en la dicha villa de Madrid; e mandamos que de aquí adelante no se use della, ni se guarde, ni cumpla, porque nuestra intencion e voluntad es, que cerca de la dicha ordinacion e determinación de los pleytos e causas, solamente se faga e guarde lo contenido en la dicha ley del señor rey don Alfonso, en esta nuestra”, Leyes de Toro, Salamanca, imprenta Pedro de Pascua, 1505, I ley.

³³ M. SERNA VALLEJO, “El régimen legal de las alegaciones jurídicas” cit., p. 29.

³⁴ “Porque nuestra intención e voluntad es que los letrados en estos nuestros reynos sean principalmente instrutos e informados de las dichas leyes de nuestros reynos pues por ellas e no por otras han de juzgar, e a nos es fecha relación que algunos letrados nos sirven e otros nos vienen a servir en algunos cargos de iusticia sin auer pasado ni estudiado las dichas leyes e ordenamientos e prematicas e

partidas de lo qual resulta que en la decision delos pleytos e causas algunas veçes no se guardan e platican las dichas leyes como se deuen guardar e platicar lo qual es contra nuestro servicio”, II Ley de Toro.

³⁵ Auto 128. “En Madrid a cinco de Hebrero de mil y quinientos y nouenta y quatro años, el Consejo Consultò a su Magestad, que auiedo visto la demasia que ay en Abogados, assi en hazerse pagados, como en so alargar en las informaciones en derecho, parecia que de aquí adelante hagan las dichas informaciones breues, y comprehensivas, en Latin, sin romance alguno, sino fuere algun dicho de testigo, o escritura, o ponderación de la ley: y que aleguen solamente la ley, o Doctor que principalmente tocara al punto, y al que refiere a los otros, sin decir los referidos por el, so pena de veinte mil maravedís para la Camara de su Magestad, y pobres, por mitad”. Avtos y acverdos del Consejo, de qve se halla memoria en los libros, desde el año de 1532 hasta el presente de 618. Mandados imprimir por el ilustrissimo señor don Fernando de Azeuedo, Arçobispo de Burgos, Presidente del Consejo, y Señores del Ma drid, por Luis Sanchez, 1618, auto 128, f.34v.

³⁶ Novísima Recopilación de las leyes de España dividida en XII libros. En que se reforma la recopilación publicada por el señor don Felipe II, en el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1775. Y se reincorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804. Mandada formar por el señor don Carlos IV, Madrid, 1805, (11,14).

³⁷ F. TOMÁS Y VALIENTE, “El «ius commune europaeum» de ayer y de hoy” cit., p. 12.

³⁸ A. PÉREZ MARTÍN, “El estudio de la recepción del Derecho común en España” cit., p. 245.

de acudir al monarca cuando el Derecho regio, los fueros municipales y las Partidas eran insuficientes para resolver el caso, se acudía a las fuentes romano-canónicas. La mayoría de los juristas castellanos incluían el *ius commune* en el orden de prelación de fuentes, anteponiendo unos el Derecho civil al canónico, y procediendo otros a la inversa. Por entonces, el Derecho común se había erigido en supletorio del castellano³⁹.

El análisis de los textos influidos por el *ius commune* ya ha sido emprendido por historiadores del Derecho contemporáneos, como Pérez-Victoria de Benavides⁴⁰, Pérez Martín o Petit. La finalidad de este trabajo no es reiterar el análisis de los autores que ya han sido estudiados. Nuestra intención es ocuparnos, en primer lugar, de cuatro juristas que adoptaron una actitud favorable a la aplicación del Derecho común en Castilla. Se trata de Alonso Díaz de Montalvo, Lorenzo Galíndez de Carvajal, Antonio León Pinelo y Juan de Solórzano Pereira, juristas que tienen en común ser autores de sendas recopilaciones, bien del Derecho castellano, bien del indiano. En segundo lugar nos ocuparemos de algunos autores que adoptaron una actitud decididamente contraria al *ius commune*.

El primer autor al que vamos a referirnos es Alonso Díaz de Montalvo (1405-1499)⁴¹, considerado como el mejor jurista castellano del siglo XV. Prestó servicios a Juan II, Enrique IV y los Reyes Católicos, ejerciendo, entre otros, los oficios de corregidor y juez comisario, pesquisidor y miembro del Consejo Real⁴². Los Reyes Católicos le encomendaron la elaboración de una compilación, conocida como Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo. Aunque los monarcas nunca llegaron a promulgarlo⁴³, es el primer testimonio del fenómeno recopilador de la Edad Moderna⁴⁴.

En el incunable 2535 de la Biblioteca Nacional de España se encuentran las glosas latinas al Ordenamiento de Alcalá y a las Leyes de Briviesca. En él se encuentran unos comentarios atribuidos, aunque con cautelas, a Alonso Díaz de Montalvo. Carlos Petit califica de “sorprendente la agudeza con que el jurista propone la reconstrucción

lógica de la ley 28.1”⁴⁵, pues el autor sostiene que puede alegarse y juzgarse por el Derecho canónico y el civil, y sólo en el supuesto de que éstos no fueran suficientes, se determinaría por el Derecho del reino:

«*quod hodie ista lex tribuat facultatem allegandi et iudicandi per ius canonicum et civile in hoc regno, cum permitat eum allegari hic ad informandum iudicem (...) et sic ubi non inveniremus per ius regni determinatum*».

Para fundamentar su interpretación, Montalvo aduce el principio de que la ley posterior corrige a la anterior, por lo que la de Briviesca habría enmendado la de Alcalá⁴⁶. Por otra parte, defiende la preferencia del Derecho canónico sobre el civil.

En cuanto al Ordenamiento de Montalvo, María e Izquierdo pone de manifiesto que emplea el término Derecho común como sinónimo de Derecho general⁴⁷. Como ejemplo ilustrativo podemos mencionar estas leyes:

«*(...) so las penas contenidas en las leyes de los derechos comunes de nuestros rreynos que sobre esto disponen*»⁴⁸.

«*(...) syendo la dicha ley ser contra razón y derecho del reino/ damos y mandamos que non aya fuerça de ley, ni sea guardada y que en esta parte se guardasen las leys del derecho comun*»⁴⁹.

Lorenzo Galíndez de Carvajal (1472-1528), catedrático de Prima de Leyes en Salamanca, oidor de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid y consejero de Castilla, prosiguió la labor recopiladora emprendida por Alonso Díaz de Montalvo. Galíndez de Carvajal fue el jurista elegido por Fernando el Católico para dar cumplimiento al deseo que había plasmado la reina Isabel en su codicilo testamentario, de que fuesen compiladas las leyes castellanas. El resultado de ese trabajo nunca llegó a ver la luz. No obstante, las investigaciones de López Nevot⁵⁰ y María e Izquierdo han logrado identificar unos manuscritos escurialenses con la compilación de Galíndez de Carvajal. En el segundo volumen de dicha compilación, *Liber novellarum* —Libro de las leyes nuevas—, cada ley se relaciona con un breve comentario que remite al *ius commune*⁵¹. Así pues, aunque en la compilación non nata de Carvajal sólo aparezca el Derecho regio, es indudable que se acepta también el Derecho romano-canónico.

La opinión de Galíndez de Carvajal resulta más palmaria en una de las alegaciones jurídicas que se le atribuyen,

³⁹ M. P. ALONSO ROMERO, Salamanca, escuela de juristas cit., pp. 341 y ss.

⁴⁰ M. PÉREZ-VICTORIA DE BENAVIDES, *Prelación de fuentes en Castilla (1348-1889)*, Instituto de Historia del Derecho, Granada, Universidad de Granada, 1993.

⁴¹ Vid., F. CABALLERO, *Elogio del doctor Alonso Díaz de Montalvo*, leído en la Junta Pública de la Academia de la Historia, celebrada el 28 de junio de 1870, Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1870 y *Noticias de la vida, cargos y escritos del doctor Alonso Díaz de Montalvo*, magistrado insigne de los tres reinados de Juan II, Enrique IV y Reyes Católicos, *Conquenses Ilustres*, III, Madrid, tipografía del Colegio Nacional de Sordomudos y de Ciegos, 1873; A. PÉREZ MARTÍN, “El tratado sobre los conversos de Alonso Díaz de Montalvo y La causa conversa: El texto latino de Montalvo”, en M. Conde Salazar, A. Pérez Martín, C. Del Valle Rodríguez, *Díaz de Montalvo. La causa conversa*, Madrid Abenza Enza Ediciones, 2008, pp. 69-101.

⁴² S. DE DIOS DE DIOS, “Alfonso Díaz de Montalvo: Juez y Jurisprudente en Castilla durante el siglo XV”, *GLOSSAE: European Journal of Legal History*, 13 (2016), pp. 109-164, maxime p. 119.

⁴³ S. DE DIOS DE DIOS, “Alfonso Díaz de Montalvo” cit., p. 138.

⁴⁴ M. J. MARÍA E IZQUIERDO, *Las fuentes del Ordenamiento de Montalvo*, Madrid, Ed. Dykinson, 2004, p. IX.

⁴⁵ C. PETIT, “Derecho común y Derecho castellano” cit., pp. 161-162.

⁴⁶ *Ibidem* pp. 164-166.

⁴⁷ M. J. MARÍA E IZQUIERDO, *Las fuentes del Ordenamiento de Montalvo* cit., p. LXXIV.

⁴⁸ *Ordenanzas Reales de los Reyes Católicos* (=OO.RR.) 1,12,4.

⁴⁹ OO.RR., 8, 3,25.

⁵⁰ J. A. LÓPEZ NEVOT, “Los trabajos perdidos: el proyecto recopilador de Lorenzo Galíndez de Carvajal”, *AHDE*, 80 (2010), pp. 325-346; M. J. MARÍA E IZQUIERDO, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códices del Monasterio de El Escorial*, Madrid, Universidad Carlos III, 2014.

⁵¹ J. A. LÓPEZ NEVOT, “Los trabajos perdidos” cit., p. 337.

sobre materia de mayorazgos. Se advierte con claridad su parecer favorable a la aplicación del Derecho común en Castilla:

«avunque las leyes de los emperadores y de los sabios antiguos en lo que mandan no ligen a los españoles pero la razon dellas a todos ata y liguia porque es vn ser diuino, y por esso en quanto aqui (OA 28.1) se dize que no aviendo ley del reyno se ha de recurrir al rey que determine, se ha de supliir, saluo si no oviere razon natural clara por donde se pueda decidir la duda, y por esta causa se permitia por las leyes de Madrid que en diuersidad de opiniones de doctores se siguiese la opinion de Bartulo en leyes y de Juan Andres y Abbad en canones como de auctores mas llegados a razon, y no obsta que aquella ley este corregida por la nueva dicision de Toro, porque de la razón della se puede arguir y es de notar que no dize la ley de Alcala que quando por las leyes del reyno no estouiere determinado la quistion se deue recurrir al rey, porque si esto fuese, ni avia de comer ni beuer ni dormir si las dudas del Consejo y Chançilleries y de todos los otros juzgados del reyno que no estan por las leyes diçididas expressamente las oviese por si de determinar todas»⁵².

En resumen, para Alonso Díaz de Montalvo y Lorenzo Galíndez de Carvajal, el *ius commune* formaba parte del orden de prelación de fuentes castellano, con preferencia sobre la consulta al rey. Sus opiniones influyeron en otros juristas como Antonio Gómez⁵³, o Francisco Bermúdez de Pedraza⁵⁴.

Otro jurista que emprendió tareas recopiladoras, en este caso de las leyes de Indias, fue Juan de Solórzano Pereira (1575-1653). Durante largos años estuvo al servicio de la Monarquía, ejerciendo diversos oficios, entre otros, los de oidor de la Audiencia de Lima, y fiscal y consejero del Consejo de Indias. Alcanzó un enorme prestigio y es considerado una autoridad en el Derecho indiano⁵⁵. Por otra parte, se ha puesto de relieve que los escritos de Solórzano son un alarde de dominio del Derecho común. Una constante de sus exposiciones es utilizar como ejemplo Roma y, como argumento, el Derecho romano-canónico. Tal y como ha comprobado Cuenca Boy, en la Política Indiana de Solórzano no hay un sólo capítulo donde no existan referencias a textos jurídicos romanos, o no formule paralelismos con figuras e instituciones de origen romano⁵⁶. Por su parte, Emma Montanos Ferrín, al analizar *De parricidii crimine disputatio*⁵⁷, escrito que dio a Solórzano acceso al título de doctor, destaca la presencia del *ius civile* y el *ius canonici*. Pero dichas consideraciones pueden hacerse extensivas al resto de su obra. En sus libros, el Derecho común es la fuente a la que acude con frecuencia para resolver diversas cuestiones; las citas del *ius commune* son más numerosas que las del Derecho castellano, y siempre que se refiere a ambos, alude primero al romano-canónico y, luego, al del reino⁵⁸.

Por último vamos a fijar nuestra atención en Antonio León Pinelo (1595-1660), jurista de orígenes inciertos; algunos le suponen nacido en tierras lusas y, otros, en Valladolid. Fue relator del Consejo de Indias, oidor de la

⁵² J. A. López Nevot, “Delito de traición e inconfiscabilidad de mayorazgos”, en *Las innovaciones en la Historia del Derecho*. Actas de las I Jornadas de Historia del Derecho «Ramón Carande». Facultad de CC. Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos. Vicálvaro, Madrid, 21-22 de Octubre, 1999, Madrid, 2000, pp. 141-229, maxime pp. 163-164.

⁵³ Antonio Gómez, conocido como príncipe de los jurisconsultos, cuando comenta las Leyes de Toro también sitúa el Derecho común como supletorio del regío, anteponiéndolo a la consulta al rey: “Nota ex ista lege quòd in sto regno in decissionibus causarum prius & ante omnia debet iudicari per istas leges Tauri. Item consecutiue postea per ordinamenti & pragmáticas huius regni & Partitæ. Licet non prohibeat eatum vsus, nec consuetudo: poste à per Fori quæ fuerint in vsu & consuetudine. Postea verò his deficientibus debet iudicari per ius commune Romanorum Consultosum & Impetatorum, quod legitur, & differitur in scholis, & studiis generalibus secundum communem opinionem, quæ reperiatur in casu de quo dubitatur correcta lege regia de Madrid, qua disponebat, quòd in decisionibus causarum, deficiente lege (...). Item etiam solus Imperator, Rex vel Princeps potest leges dubias interpretari (...) Item adde quòd deficiente lege recurritur ad consuetudinem legitime præscriptam per lapsum decem annorum & pluralitatem actuum non minus duorum (...). Item adde quòd deficiente lege & consuetudine recurrendum est ad rationem naturalem. Item deicientibus his recurrdum est ad communem opinionem doctorum (...) Item communi opionone deficiente: imò prorsus deficiente aliqua probabili opinione alicuius doctoris, procedendum erit argumento alicuius legis vel iuris scripti in simili casu disponente (...) si vero omnia prædicta deficient ita quos iudez nesciat quid faciat, recurrendum est ad principem: qui est declarare cuius est condere (...)”. Vid., A. GÓMEZ, *Ad leges Tavri commentariis*. Opvs elanoratum, et perfectum, in qvo leges LXXXIII ad amuñim iuris, y aquitatis nomam examinantur, arque rationibus è Legum y Canonum medulla petitis discutiuntur, nec, non, ubi opus visum est, iuris interpretum auctoritatibus corroborantur, Sumptibus Iaconi Crispini, 1628, lex prima, pp.4 y 5.

⁵⁴ Asimismo Francisco Bermúdez de Pedraza en el primer “manual”

para la enseñanza del Derecho escrito en castellano, muestra su predilección del Derecho canónico sobre el civil, tras reproducir el orden de prelación de fuentes de las Leyes de Toro afirma: “este es el derecho Comun de Castilla, en el qual faltando decision se ha de acudir al Derecho Canonico, segun la mas comun opinion, que refieren Palacios Rubios, Castillo, Cifuentes, y Bernardo Diaz: los quales refiere Diego Perez [de Salamanca], y a falta de Canon se ha de acudir al Derecho ciuil de los Romanos”. Vid., F. BERMÚDEZ DE PEDRAZA, *Arte legal para estudiar la Ivrisprvdenia*. Con la Paratitla, y exposición á los titulos de los quatro libros de las Instituciones de Iustiniano. Por El Licenciado..., Abogado en los Consejos de su Magestad. Dirigida a Don Ivan Acuña Marques de Valle, Presidente de Castilla. En Salamanca. En la Empronta de Antonia Ramirez, viuda: 1612, p. 72,

⁵⁵ C. SÁNCHEZ MAÍLLO, *El pensamiento jurídico-político de Juan de Solórzano Pereira*, Pamplona, Ed. EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra. Colección de Pensamiento Medieval y Renacentista, 2010, pp. 53-66.

⁵⁶ F. CUENCA BOY, “Ejemplo de los romanos”, *Revista chilena de Historia del Derecho*, 22 (2010), pp. 103-124, maxime p. 104.

⁵⁷ E. MONTANOS FERRÍN, “Favor reverentiae parentis”, *AHDE*, 78-79 (2008-2009), pp. 15-50.

⁵⁸ Entre otros ejemplos, en su obra de Emblemas, cuando trata si los oficiales públicos debían ser naturales o extranjeros alega lo que dispone “el derecho comun, y las leyes de España”. Vid., J. SOLÓRZANO PEREIRA, *Emblemas regio-politicos De don...*, Cavallero de la Orden de Santiago, del Consejo de su Magestad en el Real de Castilla, y de Indias. Distribuidos en Decadas, por Bernardo Nogues, Valencia, 1658, emblema LV, p. 245. Asimismo, en Política Indiana al tratar la cuestión de si las penas pecuniarias son susceptibles de heredarse cuando el causante ha fallecido, afirma: “nos lo enseñan muchos Textos del Derecho comun, con los quales constan los del Estilo, Fuero, y Partidas de nuestro Reyno”. Vid., J. SOLÓRZANO PEREIRA, *Politica indiana compuesta por el Doctor...*, Cavallero del Orden de Santiago, del Consejo del Rey Nuestro Señor en los Supremos de Castilla, y de las Indias. Dividida en Seis Libros, Amberes, por Henrico y Cornelio Verdussen, 1703, p.440.

Casa de Contratación de Sevilla y cronista de Indias⁵⁹. La recopilación de León Pinelo no llegó a ser impresa, aunque gran parte de su trabajo pasó a la Recopilación de Indias de 1680⁶⁰. Resulta sugestivo el análisis de su pensamiento, pues supone un paso más en el análisis del cómo fue recibido el *ius commune* en las Indias⁶¹. Así se expresa León Pinelo:

«Para este fin, se han criado, i proveido en las Indias, casi los mismos tribunales, i oficios, que tiene Castilla; Virreynatos, Chancillerías, Gobiernos, Corregimientos, Alcaldías mayores, i los demas, que han parecido convenientes, los quales en su exercicio, i uso, guardan el derecho Real, i comun, mientras por cedulas, i ordenanças particulares no está revocado, mudado, o alterado»⁶².

Otro medio de conocer la relevancia que otorgaba León Pinelo al Derecho común, es examinar las fuentes que utilizaba para elaborar sus escritos. Para ello hemos analizado un texto que, pese a no ser estrictamente jurídico, permite comprobar de qué doctrina se vale para elaborar sus escritos. El texto, *Qvestion Moral si el Chocolate quebranta el ayunno eclesiástico*⁶³, a primera vista puede parecer de temática religiosa y alimenticia. Sin embargo, ofrece todo un aparato argumental, cuyo contenido jurídico es notable, al margen de las frecuentes alusiones a los textos bíblicos, a autores como Platón, Aristóteles, Séneca, San Jerónimo o Santo Tomás, e historiadores como José Pellicer, Pedro Mártir de Anglería o Gonzalo Fernández de Oviedo. La formación, conocimiento y dominio que posee Pinelo del *Corpus iuris civilis* y del *Corpus iuris canonici* se hace evidente. Son numerosas las referencias al Derecho romano-canónico, aunque también al indiano. Por el contrario, las remisiones al Derecho castellano son escasas, y limitadas a las Partidas y la glosa de Gregorio López. En cuanto a la doctrina, se reiteran las menciones a los doctores del Derecho común: Azón, Accursio, Bartolo, Baldo, Paulo de Castro o el Abad Panormitano. Hay que añadir también las referencias a Antonio Gómez y Martín de Azpilcueta.

En conclusión, los cuatro juristas a quienes nos hemos

referido se enmarcan en la tradición del *ius commune*. El Derecho común constituye un argumento fundamental en sus construcciones jurídicas. No obstante, se aprecia cierto contraste entre ellos: Díaz de Montalvo y Galíndez de Carvajal incorporan el Derecho romano-canónico al orden de prelación de fuentes castellano. En las obras de Solórzano Pereira y León Pinelo su presencia se hace más intensa, pudiendo afirmarse que en sus escritos el *ius commune* tiene una relevancia superior a la del Derecho castellano.

A continuación abordaremos la obra de algunos juristas caracterizados por su rechazo al Derecho común. Se trata de juristas menos conocidos y estudiados que los anteriores. Sin embargo, y pese a no alcanzar excesiva incidencia en la realidad jurídica de su tiempo⁶⁴, con ellos se cierra el círculo para el estudio de la recepción del *ius commune* en la Edad Moderna.

Como afirmara Pérez-Victoria de Benavides, durante el siglo XVI se fue abriendo paso la convicción de que el Derecho común no tenía fuerza de ley entre los “españoles”. En consecuencia, se otorgó mayor autoridad al Derecho castellano, en detrimento del romano. De ahí que algunos juristas se dedicaran a señalar las diferencias o antinomias entre ambos ordenamientos⁶⁵, como hicieron Villalovos⁶⁶ o Martínez de Olano⁶⁷. Otros juristas como Antonio Pichardo Vinuesa (1565-1631)⁶⁸ adoptaron una posición intermedia, pues aunque sus obras están impregnadas de *ius commune*, existe una fuerte presencia del Derecho regio.

Por otra parte, existieron opiniones abiertamente contrarias a la aplicación de un Derecho considerado extraño. El primer testimonio de oposición directa al Derecho romano-canónico y defensa del Derecho castellano de la modernidad data de 1587, y no corresponde a un jurista,

⁶⁴ C. PETIT, “Derecho común y Derecho castellano” cit., p.191.

⁶⁵ M. PÉREZ-VICTORIA DE BENAVIDES, *Prelación de fuentes en Castilla* cit., p. lvii.

⁶⁶ J. B. VILLALOVOS, *Antinomia iuris regni Hispaniarum, ac civilis, in qua practica forensium causarum versatus: ac Aerarium commune opinionum communium iuxta ordinem alphabeti, cum concordantiis ac discondantiis legum regni Hispaniæ. Authore... Hispano ac Toletano. Ad illustrissimum D.D. Didacum Spinosam S.R.E. Cardinalem, Episcopum que Siguntinum, Supremi senatus regii præsidem, summum que fidei censorem, Salamanca, Excudebat Alexander à Canoua, 1569.*

⁶⁷ J. MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia et nova reductio antinomiarum iuris communis ac regii in qua verae horum iurium differentia et quamplurimum legum regiarum communiumque intellectus et recepta praxis causarum forensium explicantur. Cui additæ sunt differentiae, ac concordiae inter ius regium, regni Navarrae. Et Syperadditæ est pervtilis epilogs legum septem partitarum, quæ per alias leges posteriores, & per defuetudinem, aut contrarium vsum, in totum, vel partem correctæ, atque abrogatæ inuennuntur: per ordinem ipsarum partitarum, & titulorum digestus: in gratiam studio fórum iudicum, & aduocatorum totius Hispaniæ. Authore... in Supremo regio Senatu curia Catholica Aduocato. Ad illustrissimum dominum Didacum Couarruias à Leiuia Episcopum Segobiesem, &supremi regii Senatus Præsidentem, apud Philippum Iuntam, Burgos, 1575.*

⁶⁸ S. DE DIOS DE DIOS, “El doctor Antonio Pichardo Vinuesa: vida, obra y doctrina sobre el poder del príncipe”, *Ivs Fvgit: Revista Interdisciplinar de estudios Histórico-Jurídicos*, 7 (1998), pp. 9-88; M. P. ALONSO ROMERO, *Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del Derecho en el Antiguo Régimen*, Madrid, Editorial Dykinson, 2012, pp. 251-274.

⁵⁹ R. MARTORELL TÉLLEZ-GIRÓN, “Estudio crítico” en *Anales de Madrid de León Pinelo. Reinado de Felipe III. Años 1598-1621*, Estandisla Maestre, Madrid, 1931, Ed. Utilizada de Valladolid, 2003, pp.4-6.

⁶⁰ I. SÁNCHEZ BELLA, “Valoración de las Recopilaciones de Indias de 1635 y 1680 (Libros I y II de León Pinelo)”, *AHDE*, 75 (2005), pp. 21-28.

⁶¹ B. BRAVO LIRA, “El Derecho indiano y sus raíces europeas: Derecho común y propio de Castilla”, *AHDE*, 58 (1998), pp. 5-80, máxime p. 11.

⁶² A. LEÓN PINELO, *Tratado de confirmaciones reales de Encomiendas, Oficios i casos, en que se requieren para las Indias Occidentales. A Don Lorenzo Ramírez de Prado del Consejo del Rey N.S. en el Supremo de las Indias i Junta de Guerra dellas; i en el de Cruzada i Junta de Competencias. Por el Lic... Relator del mismo: Consejero de las Indias, por Iuan Gonzalez, Madrid, 1630, f. 115v.*

⁶³ A. LEÓN PINELO, *Qvestion Moral Si el Chocolate quebranta el ayuno Eclesiastico. Tratase de otras bebidas i confectiones que se vsan en varias Provincias. A D. Garcia de Avellaneda y Haro Conde de Castrillo de la Camara de su Magestad Comendador de la Obrería de los Consejos de Estado y Guerra Castilla y Camara y Gobernador del Real de las Indias, por el lic... Relator del mismo Consejo, por la Viuda de Iuan González, Madrid, 1636.*

sino al humanista Miguel Sabuco Álvarez (1525-1595), quien publica un libro, *Nueva filosofía de la naturaleza del hombre*⁶⁹, firmado por su hija Olivia⁷⁰. Se trata de una obra escrita en forma de diálogo entre tres pastores, y dividida en cuatro coloquios; en el titulado Coloquio de las cosas que mejoraran este mundo, y sus Republicas, Sabuco reflexiona sobre el Derecho y la Justicia. El autor formula el principio de legalidad penal⁷¹ y recomienda dictar la “ley de la mentira general”, por la cual se condenaría a quien mintiese en pleito con la pena pecuniaria de las costas y “el doble que monta aquello porque miente”. Por otra parte, el autor advierte sobre el grave perjuicio que provocaba la existencia de una plétora de libros y leyes, hecho al que debía sumarse la dificultad que entrañaba su estudio por hallarse redactados en latín, pues ello sólo originaba enormes confusiones, y favorecía el pronunciamiento de sentencias contradictorias. Llega a aseverar que si no existieran tantísimos libros y leyes, que “pasan de veinte carretadas de libros”⁷², no habría necesidad de juristas: “Babilonia es, que entre quinientos estudiantes en una aula, y seiscientos en otra a oír leyes, y aya cathedras de tanta renta de la gran ciencia de leyes: pues si estuieran en Romance y solas las necessarias, no eran menester estudios, ni cathedras, ni gastar sus patrimonios en estudiar Leyes tantos estudiantes, que mejor estuieran en su tierra algunos arando, y hallarase trigo”⁷³. Sabuco propone como remedio derogar todos los textos de los legisladores antiguos, “poner las [leyes] necesarias en Romance, y todo lo demás a juyzio de buen varon que serán los juezes buenos Cristianos, y sacados de los rincones y monesterios”⁷⁴.

Andrés Marcos Burriel, en sus epístolas, se refiere a un texto del Padre Gabriel Vázquez (1549-1604) redactado en latín y donde niega la autoridad del Derecho romano en Castilla. Aunque que no hemos logrado localizar el original, reproducimos por su interés el texto transmitido por Burriel:

*“Mihi autem primun videtur esse certissimum, nullam legem Imperatorum admissum esse in Regno nostro, deficientibus propriis in causarum iudicio, si leges nostri Regni quae de hac re loquuntur, solum consideremus. Nam omnes leges superius allegatae plane disponint per has nostri Regni leges non per alias, causas omnes dirimendas esse”*⁷⁵.

⁶⁹ O. SABUCO, *Nueva filosofía de la naturaleza del hombre*, no conocida ni alcanzada de los grandes filosofos antiguos; la qual mejora la vida y salud humana, Madrid, imprenta P. Madrigal, 1587.

⁷⁰ La autoría de esta obra es una cuestión ampliamente debatida. Vid. F. RODRÍGUEZ DE LA TORRE, “Miguel Sabuco Álvarez y su nueva filosofía (1587-1987)”, *Al-Basit: Revista de estudios albacetenses*, 22 (1987), pp. 5-8, maxime pp. 5-6.

⁷¹ Sabuco afirma que las leyes que condenan a muerte deben estar escritas: “Las leyes que condenan a muerte son muy necesarias que estén escritas, porque sepa el hombre que la ley lo mata, y no el juez con su aluedrio”. Vid. O. SABUCO, *Nueva filosofía* cit., f. 164r., y L. PRIETO SANCHÍS, “Sabuco y los pleitos. Crítica al Derecho de un médico humanista de finales del siglo XIV”, *Al-Basit: Revista de estudios albacetenses*, 22, (1987), pp. 169-176, maxime p. 174.

⁷² O. SABUCO, *Nueva filosofía* cit., f. 161r.

⁷³ *Ibidem*, f. 162v.

⁷⁴ *Ibidem*, f. 163v.

⁷⁵ A. M. BURRIEL, *Cartas eruditas y criticas del P... de la extinguida Compañía de Jesús*. Dalas a luz Don Antonio Valladares de Soto-

En 1589, el humanista Pedro Simón Abril dio a la estampa un tratado titulado *Apuntamientos de como se deuen reformar las dotrinas*⁷⁶. En el libro enumeraba los errores particulares de cada una de las ciencias: Gramática, Lógica, Retórica, Matemáticas, Filosofía Natural y Moral, Medicina y Teología. Y, por supuesto, Derecho, que “tiene el solo mas que emendar, que todas las demas dotrinas”⁷⁷. Abril hace una apología del castellano, sosteniendo que el Derecho civil se ha de disponer en la lengua común, para favorecer su entendimiento. En segundo lugar, sostiene que en las Escuelas y Universidades el objeto de estudio debería ser el Derecho real y no el romano, pues el primero es el auténtico Derecho: “Conuendria tambien mandar, que en las escuelas publicas, y vniuersidades se leyese por testo el derecho, y leyes de los Reynos de V. M. que son las verdaderas leyes [...] y no aquellos pedaços de escrituras, tomadas, o rasgadas de los libros, que escriuieron los Doctores Romanos, larga y estendidamente, en declaracion del derecho ciuil de los Romanos, que falsamente llaman Digestos”⁷⁸. Por otra parte, recomienda al rey que mande hacer una nueva recopilación a las personas “grauas y sabias en materias de derechos escogidas en todos sus Reynos”⁷⁹, para terminar con la confusión, los comentarios de las leyes y los numerosísimos libros de opiniones. Asimismo opina sobre las alegaciones jurídicas, afirmando que sólo deberían admitirse las argumentadas con las leyes escritas, la costumbre y la razón.

Por su parte, Juan de Madariaga publica en 1617 *Del Senado y de su Príncipe* y advierte sobre la profusión normativa de la época. Para atajar el mal, formula una propuesta: el cese total en la aplicación de las leyes civiles imperiales, de suerte que sólo se juzgase por las leyes reales de España. En favor de su propuesta arguye cuatro razones⁸⁰: en primer lugar, la autoridad, “y Magestad, y libertad de la corona Real de España”, en cuyo respeto debía haberse prohibido ya el uso de las leyes imperiales. Madariaga añade una motivación de carácter histórico: la larga relación bélica entre los emperadores romanos y los reyes españoles, por lo que utilizar la legislación romana implicaría reconocer, en cierto modo, el vasallaje al Imperio. Por otra parte, añade que las leyes propias son suficientes para el buen gobierno, por lo que resulta “muy pesado yugo añadir sobre ellas el inmenso peso de esos digestos y Codigos Imperiales”. Condena la utilización del Derecho romano-canónico como supletorio, salvo en circunstancias extraordinarias: “es de muy graues Doctores, que aunque las leyes del Reyno sean defectuosas, y

mayor, con privilegio real, Madrid, en la imprenta de la viuda é hijo de Marin, 1790, p. 197.

⁷⁶ P. SIMÓN ABRIL, *Apuntamientos de como se deuen reformar las dotrinas: y la manera del enseñallas, para reduzillas a su antigua entereza y perficion: de que con la malicia del tiempo, y con el demasiado desseo de llegar los hombres presto a tomar las insignias dellas, han caydo. Hechos al Rey nuestro Señor, por el Dotor...*, natural de Alcaraz, Madrid, En casa de Pedro Madrigal, 1589.

⁷⁷ *Ibidem* f. 13r.

⁷⁸ *Ibidem*, f. 15.

⁷⁹ *Ibidem*, f. 18v.

⁸⁰ J. DE MADARIAGA, *Del Senado y de su Príncipe*. Por Fray..., Monge de la Cartuxa de Portacæ, Valencia, imprenta de Felipe Mey, junto a San Esteuan, 1617, pp. 483-490.

que no determinen bien lo que particulares casos se ha de hazer: con todo eso no se deuen introducir leyes estrangeras por buenas que sean, sin muy grande necesidad o vtilidad. Y esta introducion no es bien se haga por los Aduogados, ni por los Iuezes inferiores sin decreto de los Supremos⁸¹. Además, resultaba aconsejable desterrar el Derecho de Roma, por encontrarse algunas de sus leyes derogadas y por la existencia de múltiples contradicciones entre ellas. La situación jurídica era tan confusa que irrogaba perjuicios a tres sujetos: los estudiantes de Leyes y Cánones, que concluían sus estudios “sin saber dar la razon de lo que dizen: porque tomaron esta ciencia por las ramas”, los abogados y los pleiteantes, pues los juristas “hacen de las leyes lo que quieren, y escurecen el derecho claro de los litigantes”. Paradójicamente, Madariaga no recomienda el estudio exclusivo del Derecho real; no considera pertinente concluir con el estudio de las leyes civiles imperiales en las Universidades, “sino que se exerciten tambien en ellas los ingenios: sea eso para saberlas pero no para alegarlas en juicio, ni para juzgar por ellas”. Lo más recomendable era un estudio más superficial del Derecho romano: “basta pues pasar por ellas los ojos en casa sin tanto estruendo y aparato de Catedras”.

El testimonio de Gerónimo de Zebayos (1560-1644) en su *Arte real*, se funda en una experiencia de más de cuarenta años como abogado y juez, en los cuales el autor afirma “no ha podido aueriguar vna sola verdad, que no tenga contradicion, y opinion contraria”, lo que le inducía a pensar que había desperdiciado su “tiempo embalde”⁸². Zebayos se muestra contrario a la práctica habitual de aplicar numerosas leyes y opiniones⁸³: “aunque las leyes, y opiniones se encaminaron para saber la verdad, y justicia, han venido a ser sus capitales enemigos, y dellas nace la raíz de todos los males”. No duda en afirmar que la finalidad de las leyes —“preuenir daños, castigar insolencias, y delitos”—, se había corrompido, pues “de las mismas leyes, y opiniones, nacen los pleitos, y diferencias, cessando el fin para que fueron ordenadas”. En su opinión sería justo “reducir estas opiniones a ley, y a menos numero, y a ciertas reglas, y claras, para que no se consumieran los hombres, al passo que se acaban, y consumen sus haciendas, porque no ay pleito tan claro, que no aya leyes que lo hagan dudoso”. Las leyes debían ser “pocas, y bien obseruadas, sin permitir que nadie escriuiesse sobre ellas”. En caso contrario “esta nauecilla de la Republica de España, se va al fondo, si se le lleua por el camino acostumbrado”⁸⁴.

La “inmortalidad” de los pleitos es abordada asimismo

por Pedro Fernández Navarrete (1564-1632)⁸⁵. El autor afirma que sería de gran importancia, y no de poca utilidad que existiendo “en España [...] tan santas, y tan prudentes leyes, no se pudiesen alegar las de los Emperadores y jurisconsultos Romanos, como en Francia lo prohibio Carlos Quinto, y en España el rey Flauio Recesuindo”, quien impuso pena pecuniaria a aquellos jueces que juzgaran conforme a ellas. Fernández Navarrete reconoce que con las leyes del Derecho común, sus interpretaciones y con tantas opiniones encontradas, “se embrolla y entrapa la justicia de los que la tienen, acabándose la vida de los litigantes, y consumiendo sus haciendas en sutilezas de letrados”, y que “hallándose los juezes embarazados con tantas informaciones cargadas de alegaciones de infinitos autores, a que no se deue tener atención”, ello suponía una vulneración de la soberanía de los reyes, “que no reconocen superior”. Y añade que también sería de gran importancia para lograr el mencionado fin “que todas las leyes y prematicas del Reyno, que están abrogadas (...) se quitasen de las Partidas, nueva Recopilacion y estilo, y los demas cuerpos, o al menos se pusiesse en ellas, que no estan en vso”.

Diego de Saavedra Fajardo (1584-1648) en su célebre *Idea de vn Principe político christiano*, publicada por vez primera en 1640, expone un parecer intermedio sobre la aplicación del Derecho romano⁸⁶. En la empresa *Regit et corrigit* asegura que “mejor se gobierna la Republica, que tiene Leyes fijas, aunque sean imperfectas, que aquella, que las muda frequentemente”. En un primer momento parece preferir el Derecho propio de Castilla al romano, como “confirmaron los Reyes Don Fernando, i Doña Iuana, i el Rei Alarigo puso graves penas a los juezes, que admitiesen alegaciones de las Leyes Romanas”. Del mismo modo que Fernández Navarrete, Fajardo califica de “ofensa” a la soberanía el gobierno por leyes ajenas. No obstante, en su opinión, erradicar el Derecho romano del mundo jurídico ofrecía dos inconvenientes: “el primero, que como estan las Leyes en lengua castellana, se perdería la Latina, si los Profesores de la Iurisprudencia estudiasen en ellas solamente (...). El segundo, que siendo comun a casi todas las Naciones de Europa el derecho civil, por quien se deciden las causas, i se juzgan en las Cortes ajenas, i en los tratados de paz los derechos, i diferencias de los Principes, es mui importante tener Hombres doctos en el”. El propio Saavedra propone el remedio para obviar dichos inconvenientes, dotar algunas cátedras de Derecho civil en las Universidades. No obstante, propone la adopción de medidas destinadas a

⁸¹ Ibidem, p. 487.

⁸² G. DE ZEVAYOS, *Arte real para el buen gobierno de los Reyes, y Principes, y de sus vasallos*. En el qual se refieren las obligaciones de cada uno, con los principales documentos para el buen gouierño. Con una tabla de las materias, reduzida a trezientos Aforismos de Latin y Romance. Dirigido a la Catolica Magestad del Rey don Felipe IIII. N.S. Monarca y Emperador de las Españas, no reconociente superior en lo temporal. Por el licenciado..., Regidor de la Imperial ciudad de Toledo en el vanco y asiento de los Cavalleros, y vnico Patron del Monasterio de los Descalços Franciscos de la dicha ciudad, Toledo, a costa de su Autor, 1623, f. 167r.

⁸³ Ibidem ff. 164v.-165v.

⁸⁴ Ibid., f. 170r.

⁸⁵ P. FERNÁNDEZ NAVARRETE, *Conservacion de Monarquías y Discursos políticos sobre la gran consulta que hizo el Consejo al Señor Rey don Filipe Tercero al Presidente, y Consejo Supremo de Castilla*. Por el Licenciado..., Canonigo de la Iglesia Apostolica de Señor Santiago Capellan y Secretario de sus Magestades y Altezas, Consultor del Santo Oficio de la Inquisición, Madrid, en la imprenta Real, 1626, pp. 281 y 282.

⁸⁶ D. DE SAAVEDRA FAJARDO, *Idea de vn Principe político christiano*. Rapresentada en cien empresas. Dedicada al Principe de las Españas Nvestro Señor por Don... Cauallero del Orden de S. Iago, del Consejo de su Magd. en el supremo de las Indias, i su Embajador Plenipotenciario en los Treze Cantones en la Dieta Imperial de Ratisbona por el Circulo, i Casa de Borgona, i en el Congreso de Munster para la Paz General, En Monaco A 1 de Marzo 1640. En Milan A 20 de Abril 1642, pp. 140 y 141.

acabar con dos excesos: uno, la entrada excesiva de libros de jurisprudencia y, otro, la prolijidad de los pleitos, recomendando su abreviación.

Concluimos refiriéndonos al Padre Andrés Mendo (1604-1684), quien se inspiró en la obra de Solórzano y se refirió también a la multitud de leyes. De sus palabras se infiere una actitud contraria al uso del Derecho romano, introducido gracias a la autoridad que le habían otorgado los monarcas, incorporándolo al Derecho propio: "Y aunque antiguamente en España no se podía juzgar conforme à las leyes Ciuiles Imperiales, ni se podía vsar dellas en las causas; pero ya en los casos omitidos en las leyes de España, se juzga conforme à ellas; no porque se deba, ni obserue obediencia alguna à Legisladores estraños, sino porque nuestros Reyes las han dado esa authoridad, admitiendolas como proprias"⁸⁷.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

FUENTES NORMATIVAS

Avtos y acverdos del Consejo, de qve se halla memoria en los libros, desde el año de 1532 hasta el presente de 618. Mandados imprimir por el ilustrissimo señor don Fernando de Azeuedo, Arçobispo de Burgos, Presidente del Consejo, y Señores del, Madrid, por Luis Sanchez, 1618.

Cortes de Briviesca de 1387, en Colección de Cortes de los Reynos de Leon y de Castilla. Dada a la luz por la Real Academia de la Historia, imprenta de D. Marcelino Calero y Portocarrero, Madrid, 1836.

El Ordenamiento de Leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho. Publicanlo con notas, y un discurso sobre el Estado, y condición de los judíos en España, los doctores D. Ignacio Jordan de Asso y del Rio, Y D. Miguel de Manuel Y Rodriguez, por D. Joazchin Ibarra, Madrid, 1774. Ed. utilizada: Valladolid, Ed. Lex Nova, 1975.

Instituciones de Justiniano

Leyes de Toro, Salamanca, imprenta Pedro de Pascua, 1505.

Leyes hechas por los muy altos y muy poderosos príncipes y señores el rey don Fernando y la reyna doña Isabel nuestros soberanos señores por la breuedad y orden de los pleytos fechas en la villa de Madrid año del señor de 1499, Tip. de Nebrija: Gramática, Salamanca, 26 junio 1499.

Novísima Recopilación de las leyes de España dividida en XII libros. En que se reforma la recopilación publicada por el señor don Felipe II, en el año de 1567, reimprenta últimamente en el de 1775. Y se reincorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804. Mandada formar por el señor don Carlos IV, Madrid, 1805.

Ordenanzas Reales de los Reyes Católicos.

Pragmática de Juan II, de 8 de febrero de 1427, en Miguel Ángel PÉREZ DE LA CANAL, AHDE 26 (1956), pp. 659-668.

Recopilacion de las Leyes destos Reynos, hecha por mandado dela Magestad Catholica del Rey don Phlipippe Segundo nuestro Señor. Contienense en este libro las leyes hechas hasta fin del año de mil y quinientos y ochenta y vno, excepto las leyes de Partida, y del Fuero, y del Estilo: y tambien van en las visitas de las Audiencias, en casa de Iuan Iñiguez de Liquerica impresor de libros, año 1581.

FUENTES DOCTRINALES

BERMÚDEZ DE PEDRAZA, Francisco, Arte legal para estudiar la Ivrisprvdenia. Con la Paratitla, y exposición á los titulos de los quatro libros de las Instituciones de Iustiniano. Por El Licenciado..., Abogado en los Consejos de su Magestad. Dirigida a Don Ivan Acuña Marques de Valle, Presidente de Castilla. En Salamanca. En la Empronta de Antonia Ramirez, viuda: 1612.

BURRIEL, Andrés Marcos, Cartas eruditas y criticas del P..., de la extinguida Compañía de Jesús. Dalas a luz Don Antonio Valladares de Sotomayor, con privilegio real, Madrid, en la imprenta de la viuda é hijo de Marin, 1790.

FERNÁNDEZ NAVARRETE, Pedro, Conservacion de Monarquías y Discursos políticos sobre la gran consulta que hizo el Consejo al Señor Rey don Filipe Tercero al Presidente, y Consejo Supremo de Castilla. Por el Licenciado..., Canonigo de la Iglesia Apostolica de Señor Santiago Capellan y Secretario de sus Magestades y Altezas, Consultor del Santo Oficio de la Inquisición, Madrid, en la imprenta Real, 1626.

GOMEZ, Antonio, Ad leges Tavri commentariivs. Opvs elanoratum, et perfectvm, in qvo leges LXXXIII ad amußim iuris, y aquitatis nomam examinantur, arque rationibus è Legum y Canonum medulla petitis discutuntur, nec, non, ubi opus visum est, iuris interpretum auctoritatibus corroborantur, Sumptibus Iaconi Crispini, 1628.

LEÓN PINELO, Antonio, Qvestion Moral Si el Chocolate quebranta el ayuno Ecclesiastico. Tratase de otras bebidas i confecciones que se vsan en varias Provincias. A D. Garcia de Avellaneda y Haro Conde de Castrillo de la Camara de su Magestad Comendador de la Obreria de los Consejos de Estado y Guerra Castilla y Camara y Gobernador del Real de las Indias, por el lic..., Relator del mismo Consejo, Madrid, por la Viuda de Iuan Gonçalez, 1636.

LEÓN PINELO, Antonio, Tratado de confirmaciones reales de Encomiendas, Oficios i casos, en que se requieren para las Indias Occidentales. A Don Lorenço Ramírez de Prado del Consejo del Rey N.S. en el Supremo de las Indias i Iunta de Guerra dellas; i en el de Cruzada i Iunta de Competencias. Por el Lic..., Relator del mismo: Conseyero de las Indias, Madrid, por Iuan Gonzalez, 1630.

MADARIAGA, Juan DE, Del Senado y de su Príncipe. Por Fray..., Monge de la Cartuxa de Portacæ, Valencia, imprenta de Felipe Mey, junto a San Esteuan, 1617.

⁸⁷ A. MENDO, Principe Perfecto y Ministros ajustados, documentos políticos y morales en emblemas. Por el R.P..., de la Compañía de Iesvs, Calificador del Consejo de la Inquisicion Suprema, Lector de Theologia, y de Sagrada Escritura en Salamanca, Leon de Francia, Horacio Boissat y George Remeus, 1662, p. 40.

MARTÍNEZ DE OLANO, Juan, *Concordia et nova reductio antinomialum iuris communis ac regii in qua verae horum iurium differentia et quamplurimum legum regiarum communiumque intellectus et recepta praxis causarum forensium explicantur. Cui additæ sunt differentiae, ac concordiae inter ius regium, regni Navarrae. Et Superadditæ est pervtilis epilogs legum septem partitarum, quæ per alias leges posteriores, & per defuetudinem, aut contrarium vsum, in totum, vel partem correctæ, atque abrogatæ inveniuntur: per ordinem ipsarum partitarum, & titulorum digestus: in gratiam studio forum iudicum, & aduocatorum totius Hispaniæ. Authore...*, in *Supremo regio Senatu curia Catholica Aduocato. Ad illustrissimum dominum Didacum Couarruias à Leiua Episcopum Segobiesem, &suppremi regii Senatus Præsidentem, Burgos, apud Philippum Iuntam, 1575.*

MENDO, Andrés, *Principe Perfecto y Ministros ajustados, documentos políticos y morales en emblemas. Por el R.P...., de la Compañía de Iesvs, Calificador del Consejo de la Inquisicion Suprema, Lector de Theologia, y de Sagrada Escritura en Salamanca, Leon de Francia, Horacio Boissat y George Remeus, 1662.*

SAAVEDRA FAJARDO, Diego DE, *Idea de vn Principe político christiano. Rapresentada en cien empresas. Dedicada al Principe de las Españas Nvestro Señor por Don... Cauallero del Orden de S. Iago, del Consejo de su Magd. en el supremo de las Indias, i su Embaxador Plenipotenciario en los Treze Cantones en la Dieta Imperial de Ratisbona por el Circulo, i Casa de Borgona, i en el Congreso de Munster para la Paz General, En Monaco A 1 de Marzo 1640. En Milan A 20 de Abril 1642.*

SABUCO, Olivia, *Nveva filosofia de la natvraleza del hombre, no conocida ni alcançada de los grandes filosofos antiguos; la qual mejora la vida y salud humana, Madrid, imprenta P. Madrigal, 1587.*

SIMÓN ABRIL, Pedro, *Apuntamientos de como se deuen reformar las dotrinas: y la manera del enseñallas, para reduzillas a su antigua entereza y perficion: de que con la malicia del tiempo, y con el demasiado desseo de llegar los hombres presto a tomar las insignias dellas, han caydo. Hechos al Rey nuestro Señor, por el Dotor..., natural de Alcaraz, Madrid, En casa de Pedro Madrigal, 1589.*

SOLÓRZANO PEREIRA, Juan, *Emblemas regio-politicos De don..., Cavallero de la Orden de Santiago, del Consejo de su Magestad en el Real de Castilla, y de Indias. Distribuidos en Decadas, Valencia, por Bernardo Nogues, 1658.*

SOLÓRZANO PEREIRA, Juan, *Politica indiana compuesta por el Dotor..., Cavallero del Orden de Santiago, del Consejo del Rey Nuestro Señor en los Supremos de Castilla, y de las Indias. Dividida en Seis Libros, Amberes, por Henrico y Cornelio Verdussen, 1703.*

VILLALOVOS, Juan Bautista, *Antinomia iuris regni Hispaniarvm, ac civilis, in qva practica forensium causarum versatus: ac Aerarium commune opinionum communium iuxta ordinem alphabeti, cum concodantiis ac discondantiis legum regni Hispaniæ. Authore... Hispa-*

no ac Toletano. Ad illustrissimum D.D. Didacum Spinosam S.R.E. Cardinalem, Espiscopum que Siguntinum, Supremi senatus regii præsidem, summum que fidei censorem, Salamanca, Excudebat Alexander à Canoua, 1569.

ZEVAYOS, Geronymo DE, *Arte real para el buen gobierno de los Reyes, y Principes, y de sus vasallos. En el qual se refieren las obligaciones de cada uno, con los principales documentos para el buen gouierno. Con una tabla de las materias, reduzida a trezientos Aforismos de Latin y Romance. Dirigido a la Catolica Magestad del Rey don Felipe IIII. N.S. Monarca y Emperador de las Españas, no reconociente superior en lo temporal. Por el licenciado..., Regidor de la Imperial ciudad de Toledo en el vanco y asiento de los Cavalleros, y vnico Patron del Monasterio de los Descalços Franciscos de la dicha ciudad, Toledo, a costa de su Autor, 1623.*

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ROMERO, María Paz, *Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del Derecho en el Antiguo Régimen, Madrid, Editorial Dykinson, 2012.*

BRAVO LIRA, Bernardino, "El Derecho indiano y sus raíces europeas: Derecho Común y propio de Castilla", *AHDE*, 58 (1998), pp. 5-80.

CABALLERO, Fermín, *Elogio del doctor Alonso Díaz de Montalvo, leído en la Junta Pública de la Academia de la Historia, celebrada el 28 de junio de 1870, Madrid, Imprenta de José Rodríguez, 1870.*

CABALLERO, Fermín, *Noticias de la vida, cargos y escritos del doctor Alonso Díaz de Montalvo, magistrado insigne de los tres reinados de Juan II, Enrique IV y Reyes Católicos, Conquenses Ilustres. III, Madrid, tipografía del Colegio Nacional de Sordomudos y de Ciegos, 1873.*

CANNATA, Carlos Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea. Traducción de Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Ed. Tecnos, 1996.*

CLAVERO, Bartolomé, "Notas sobre el Derecho territorial castellano, 1367-1445", *Historia, Instituciones, Documentos*, 3 (1976), pp.141-165.

CUENA BOY, Francisco, "Ejemplo de los romanos", *Revista chilena de Historia del Derecho*, 22 (2010), pp. 103-124.

DE DIOS DE DIOS, Salustiano, "Alfonso Díaz de Montalvo: Juez y Jurisprudente en Castilla durante el siglo XV", *GLOSSAE: European Journal of Legal History*, 13 (2016), pp. 109-164.

DE DIOS DE DIOS, Salustiano, "El doctor Antonio Pichardo Vinuesa: vida, obra y doctrina sobre el poder del príncipe", *Ivs Fvgit: Revista Interdisciplinar de estudios Histórico-Jurídicos*, 7 (1998), pp. 9-88.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, "Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: Ius romannum. Ius commune. Common law. Civil law", *GLOSSAE: European Journal of Legal History*, 13 (2016), pp. 276-306.

FONT RIUS, José María, "La recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica durante la Edad Media",

Recueil des mémoires et travaux publiées par la Societé de Droit et des Institutions del anciens pays de droit escrit, 5 (Montpellier, 1967), pp. 85-104.

JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, Miguel Ángel, "Ius commune y Common Law", Cuadernos de Historia del Derecho, 15 (2008), pp. 327-344.

LALINDE ABADÍA, Jesús, "El Derecho común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón", España y Europa, un pasado jurídico común. Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común (Murcia, 26/28 de marzo de 1985). Edición a cargo de Antonio Pérez Martín, Murcia, 1986, pp. 145-178.

LALINDE ABADÍA, Jesús, "Rasgos evolutivos del Derecho privado de los siglos XII a XIV en la Corona de Aragón", VII Congreso de Historia de la Corona de Aragón, vol. III, Barcelona, 1962.

LÓPEZ NEVOT, José Antonio, "Delito de traición e inconfiscabilidad de mayorazgos", en Las innovaciones en la Historia del Derecho. Actas de las I Jornadas de Historia del Derecho «Ramón Carande». Facultad de CC. Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos. Vicálvaro, Madrid, 21-22 de Octubre, 1999, Madrid, 2000, pp. 141-229.

LÓPEZ NEVOT, José Antonio, "Los trabajos perdidos: el proyecto recopilador de Lorenzo Galíndez de Carvajal", AHDE, 80 (2010), pp. 325-346.

MARÍA E IZQUIERDO, María José, Las fuentes del Ordenamiento de Montalvo, Madrid, Ed. Dykinson, 2004.

MARÍA E IZQUIERDO, María José, Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial, Madrid, Universidad Carlos III, 2014.

MARTORELL TÉLLEZ-GIRÓN, Ricardo, "Estudio crítico" en Anales de Madrid de León Pinelo. Reinado de Felipe III. Años 1598-1621, Estanislao Maestre, Madrid, 1931, Ed. Utilizada de Valladolid, 2003.

MONTANOS FERRÍN, Emma, "Favor reverentiae parentis", AHDE, 78-79 (2008-2009), pp. 15-50.

MORENO NAVARRETE, M. A., La prueba documental. Estudio Histórico-Jurídico y Dogmático, Madrid, Marcial Pons, 2001.

PÉREZ MARTÍN, Antonio, "El Derecho Común y la Unión Europea", Anales de Derecho de la Universidad de Murcia, 13 (1995), pp. 183-196.

PÉREZ MARTÍN, Antonio, "El estudio de la recepción del Derecho Común en España", en Pablo SALVADOR CODERCH y Joaquín CERDÁ RUIZ-FUNES (Coords.), I Seminario de Historia del Derecho y Derecho privado: nuevas técnicas de investigación, Barcelona, Universidad de Barcelona, 1985, pp. 241-326.

PÉREZ MARTÍN, Antonio, "El tratado sobre los conversos de Alonso Díaz de Montalvo y La causa conversa: El texto latino de Montalvo", en M. Conde Salazar, A. Pérez Martín, C. Del Valle Rodríguez, Díaz de Montalvo. La causa conversa, Madrid Aben Erza Ediciones 2008, pp. 69-101.

PÉREZ-VICTORIA DE BENAVIDES, Manuel, Prelación de fuentes en Castilla (1348-1889), Instituto de Historia del Derecho, Granada, Universidad de Granada, 1993.

PETIT, Carlos, "Derecho común y Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVIII)", Revue d'Histoire du Droit, 50 (1982), pp. 157-195.

PRIETO SANCHÍS, Luis, "Sabuco y los pleitos. Crítica al Derecho de un médico humanista de finales del siglo XIV", Al-Basit: Revista de estudios albacetenses, 22 (1987), pp. 169-176.

ROCA FERNÁNDEZ, María J., "La recepción del ius commune por el Tribunal Superior del Sacro Imperio Germánico", e-Legal History Review, 10 (2010), pp. 1-34.

RODRÍGUEZ DE LA TORRE, Fernando, "Miguel Sabuco Álvarez y su nueva filosofía (1587- 1987)", Al-Basit: Revista de estudios albacetenses, 22 (1987), pp. 5-8.

SÁNCHEZ BELLA, Ismael, "Valoración de las Recopilaciones de Indias de 1635 y 1680 (Libros I y II de León Pinelo)", AHDE, 75 (2005), pp. 21-28.

SÁNCHEZ MAÍLLO, Carmen, El pensamiento jurídico-político de Juan de Solórzano Pereira, Pamplona, Ed. EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra. Colección de Pensamiento Medieval y Renacentista, 2010.

SERNA VALLEJO, Margarita, "El régimen legal de las alegaciones jurídicas en la Corona de Castilla y en los Reinos de Navarra y de la Corona de Aragón en la Baja Edad Media y en la época Moderna", en Ius Fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos, 17 (2011-2014), pp. 11-54.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "El «ius commune europaeum» de ayer y de hoy", Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo. Instituto de Derecho Común Europeo, 5-6 (1993-94), pp. 9-16.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Manual de Historia del Derecho español, Madrid, Ed. Tecnos, 1980.

TORRENT, Armando, "La recepción del Derecho Justiniano en España en la Baja Edad Media (siglos XII-XV). Un capítulo en la Historia del Derecho europeo", Revista Internacional de Derecho Romano, 10 (abril 2013), pp. 26-119.

ZAMORA MANZANO, José Luis, "Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho Romano en el Common Law", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, 5 (Febrero, 2000), pp. 419-430.

The orphan crisis of World War One and the Italian judiciary

Cristina Danusso

Il complesso e imponente problema degli orfani della prima guerra mondiale presenta molteplici sfaccettature: morali, familiari, sociali, giuridiche, economiche, politiche e finanziarie. In questo breve saggio si è potuto accennare solo ad alcune di esse e, tra le misure adottate dalle autorità italiane - dapprima, con urgenza, dal governo e più tardi dalle Camere -, si è scelto di soffermare maggiormente l'attenzione sul ruolo affidato alla magistratura e segnatamente alla nuova e interessante figura del giudice delle tutele. Esso esercita delicati compiti di volontaria giurisdizione e vigila sull'operato dei pretori, ma partecipa anche a varie attività di tipo amministrativo, essendo membro del Comitato provinciale per l'assistenza agli orfani di guerra. La sua funzione di coordinamento si svolge su più fronti e, in particolare, a lui spetta di trovare il giusto equilibrio tra la sfera di azione dello Stato e quella della famiglia, in modo che - secondo l'intenzione dei legislatori - la prima non invada e si sostituisca alla seconda, ma si limiti ad integrarla dove lo reputi necessario.

The formidably complex problem of World War I orphans can be studied from different points of view, ranging from moral, family and social aspects to those of a legal, economic, political or financial nature. In this short essay, only some of these facets are considered. Among the measures taken by the Italian authorities - first by the government as a matter of urgency, and later by the parliament - attention is focused on the role of the judiciary and especially on the giudice delle tutele, or guardianship judge. He performed delicate tasks of voluntary jurisdiction and supervised the actions of the pretori (local magistrates). He also contributed to various administrative activities, as he was a member of the Provincial Committee in charge of providing assistance to war orphans. He acted as a coordinator on several fronts, and in particular, he had to find the right balance between the actions of the State and those of the family. Indeed, he had to ensure - in keeping with the intention of legislators - that the State did not interfere with and replace families, but simply stepped in to support them when necessary.

I. Introduction

The overwhelming number of deaths in World War I presented serious problems and burdens for the countries involved. As in other nations, the Italian government was forced to take emergency measures and establish new institutional bodies in order to cope with the situation. Any government action had to be coordinated with that of the relevant public and private institutions, as well as with the actions of families, though it proved difficult to organize all of these efforts, so that they could work in harmony. This article focuses on the role played by the judiciary, and specifically by the giudice delle tutele, or guardianship judge: an interesting, newly established figure who was entrusted with some very delicate duties.

II. The first measures taken by the government

Regardless of the era, one of the many problems that war creates is how to assist the children of those who lost their lives in the conflict, or who have become disabled, so they can no longer work to support their families. This is a particularly complex issue with wide-ranging implications, not only on a political and economic level, but also from a legal, ethical and social point of view. Never before this problem was bigger or more dramatic than during and after the World War I, when the number of

deaths and disabled reached staggering levels in all of the countries involved.

One year after entering the war, it was becoming clear in Italy, that military operations were not meeting the optimistic expectations of those who had hoped for a quick end to the hostilities. Indeed, the deadly potential of new weapons had been underestimated, and the overwhelming number of deaths was only destined to rise. The State realized, that it had to act in order to protect the children of those who had sacrificed their lives or had seriously jeopardized their own health and safety in defense of the country.

Given the delicate nature of this issue, the government initially opted to adhere to normal legislative procedure and submit a bill to parliament, rather than take advantage of the extraordinary powers it had been granted through law n. 671 of 22 May 1915¹ and intervene directly. On 6 June 1916, Prime Minister and Minister of the Interior Antonio Salandra submitted a bill to the Chamber of Deputies that was structured similarly to a law that had been passed for the recent earthquakes in Italy²; it proposed the establishment of an independent national institution which would be tasked with coordinating, guiding and overseeing private initiatives, and which could support them or step in to replace them whenever it deemed fit.

The Chamber of Deputies appointed a commission to scrutinize the bill, which took several months to do³. As a result, the government was forced to adopt urgent measures as a short-term remedy for the situation, which, far from seeing improvement, was only getting worse. Through lieutenant's decree n. 968 of 6 August 1916 and its corresponding statutes (approved on 27 August⁴), thus the government aimed to provide temporary regulations to address the issue - regulations that would only be finalized with the passage of law n. 1143 on 18 July 1917.

¹ C. Latini, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2005, especially p. 56 et seq.

² In addition to the infamous earthquake that had occurred in Calabria and Sicily on 28 December 1908, causing approximately 100,000 deaths, another earthquake had struck Abruzzo (in the Marsica region) on 13 January 1915, resulting in over 30,000 deaths.

³ The Commission's report was authored by MP Camillo Peano and submitted to the Prime Minister's office on 24 November 1916 (I. Tambaro, *Gli orfani di guerra*, Napoli 1919, p. 12).

⁴ D.L. n. 1251.

Then it would take almost another year for the latter law to be implemented⁵, at which point the war was drawing to a close.

Consequently, for almost the entire duration of the war, the regulatory framework addressing this problem was based on the temporary regulations issued in the summer of 1916 and on the general principle that the State was expected to act in full observance of the rights of the family, and that it would intervene – or, if needed, take the place of the family – only when absolutely necessary to defend the interests of the orphans. Among other things, article 11 of the decree issued on 6 August recorded this very principle: «Preferably, when receiving the assistance described in the present decree, the orphan should be left in the care of his family, or in the care of the person who exercises parental authority, or in the care of his legal guardian».

The government's aim was to provide assistance to a wide range of subjects⁶. Thus, war orphans included not only debarred persons, but also legitimate, legitimized or acknowledged natural minors (excluding emancipated minors and married women) whose father had died as a result of the state of war. In the absence of a father, then the same applied to children whose mother's death was ascribable to the war, provided she had exercised authority over the child. As a result, this included not only the children of soldiers who were killed during military operations, but also those children, who lost a parent in a way that was somehow connected to the war. What's more, even unacknowledged natural children were included if certain conditions were met⁷.

In approving the decree's statutes, the government expanded the list of orphans still further, so that it came to include the children of incestuous or adulterous relationships if it was determined that the child had been supported by the parent who died because of the war⁸. Fur-

thermore, there was an explicit provision in the statutes that also made it possible to verify the natural maternity of women who died due to the war in the same way that natural paternity was verified⁹.

The mayor of each municipality had to maintain a list of orphans that included both, the children of fallen soldiers¹⁰ and the children of anyone who had died «due to the state of war». A copy of the list had to be sent to the Congregation of Charity (Congregazione di carità), the Provincial Committee for Public Welfare (Comitato provinciale di assistenza pubblica), and the office of the pretore (a local magistrate)¹¹. Furthermore, each municipality had to prepare a file divided into three categories, which would record informations on orphans, children of the disabled, and children of soldiers declared missing¹².

Given that this was a growing problem in all parts of the kingdom, it was decided not to establish a national institution based in Rome (which is what had been done for the earthquake victims¹³). Instead, focus was placed on creating what would essentially be a decentralized system.

The main goal was to ensure protection and assistance for orphans at all costs. Specifically, the government wanted to avoid leaving them with no means of subsistence, or in a state of abandonment and thus at risk of being exploited. For this reason, the assistance provided to war orphans was to be overseen by a newly created body operating within each prefecture: the Provincial Committee (Comitato provinciale). It was a relatively simple body chaired by the prefect and made up of just five members: a newly created magistrate called the giudice delle tutele (guardianship judge); the provincial doctor; and three members appointed by the Provincial Commission for Public Welfare and Charity (Commissione provinciale di assistenza e beneficenza pubblica)¹⁴. In addition to these five, there was also a secretary, who had the important task (among others) of keeping an up-to-date list of all of the province's orphans by coordina-

⁵ D.L. 30 June 1918, n. 1044.

⁶ D.L. 6 August 1916, n. 968, art. 2.

⁷ D.L. 6 August 1916, n. 968, art. 8: there were three cases in which the guardianship judge had the power to register unacknowledged natural children as war orphans: «when it was a matter of common knowledge that the mother or alleged father notoriously lived more uxorio at the time of conception; when the natural child has possession of status (possessione di stato); when paternity is acknowledged by an explicit declaration written by the father; or indirectly through a civil or criminal judgement». Possessione di stato was a de facto situation resulting from a series of circumstances which, as a whole, were able to demonstrate relations of filiation and kinship between a given person and the family to which he or she claimed to belong. This is not the place to go into more detail on the differences in the legal status of children in Italian law at that time. However, it seems opportune to clarify that natural children – that is, children born out of wedlock – could remain illegitimate or could be acknowledged by one or both parents (in any case, children of incestuous or adulterous relationships remained illegitimate). Acknowledged natural children found themselves in an intermediate position between legitimate and illegitimate children. On the other hand, legitimized children were natural children who obtained the same status as legitimate children when their natural parents married each other, or by decree of the King if certain prerequisites were met.

⁸ D.L. 27 August 1916, n. 1251, art. 7. A natural child could receive maintenance only if one of the conditions listed in article 193 of the Italian Civil Code was met: «[...] 1. If paternity or maternity is indirectly confirmed through a civil or criminal judgement; 2. If paternity or maternity derives from an annulled marriage; 3. If pa-

ternity or maternity is confirmed by an explicit declaration written by the parents».

⁹ D.L. 27 August 1916, n. 1251, art. 7.

¹⁰ For the children of fallen soldiers, the Ministry of War and Ministry of the Navy were to request the relevant civil registrar to record that a parent had died due to the war on the orphan's birth certificate (D.L. 6 August 1916, n. 968, art. 3).

¹¹ D.L. 6 August 1916, n. 968, art. 4: for each orphan, the list was to include information on «whether [the orphan] was under the mother's parental authority, or under guardianship, whether a pension had been applied for and whether it had been paid, and for what amount».

¹² Circular n. 26700-6, issued by the Ministry of the Interior on 18 November 1916 and sent to the prefects (Collezione celerifera, XCV, 1916, pp. 1326-1327). On the problem of missing persons, and on the need for a reform of absence in the technical sense and the introduction of the presumption of death in Italian civil law (a need that became urgent due to World War I), see A. Monti, *Repenser l'absence. La doctrine italienne après la première guerre mondiale*, in *L'absence. Du cas de l'absent à la théorie de l'absence*, J. Hoareau and G. Métairie (ed.), Limoges 2011, p. 366 et seq.

¹³ *Supra*, nt. 2.

¹⁴ D.L. 6 August 1916, n. 968, art. 5. The Provincial Commission for Public Welfare and Charity was regulated by law n. 390 of 18 July 1904.

ting the information sent to him from the individual municipalities¹⁵.

Tasked with a great number of burdensome duties, the Provincial Committee was given wide-ranging powers. It established the necessary procedure for determining a war orphan in cases where such status was in doubt (any disputes would be settled by the Ministry of the Interior: a decision which could not be appealed)¹⁶. It could delegate supervision of orphans to public or private institutions (recognized as such by decree of the King or prefect), which were in a better position to monitor the situation more extensively, and which could nominate inspectors to be approved by the Committee itself¹⁷. Such institutions might include the Congregations of Charity, trade associations, institutions for abandoned children, schools, rural colonies, charitable institutions, and so on. In small municipalities where provincial authority was hard to enforce, the Provincial Committee could create commissions as it saw fit, which would be chaired by the pretore or justice of the peace and made up of members from various backgrounds. Commission members were in charge of oversight, and if necessary, they could temporarily act as guardians¹⁸.

Similarly, public and private welfare organizations that had been tasked with safeguarding orphans by the Provincial Committee, could function as guardians if the circumstances required it¹⁹; or the Provincial Committee itself could directly take the role in accordance with the Italian Civil Code, which provided for such measures if a child was being kept in a shelter and had no relatives who were able to accept such a delicate responsibility²⁰.

Nonetheless, any resort to joint guardianship was to be seen as an emergency measure – a view that was clarified by Minister Orlando²¹. Indeed, he strongly recommen-

ded that joint guardianship lasts as short as possible, and that the family council or guardianship council be convened as soon as possible²².

The Provincial Committee had sweeping discretionary powers: in fact, it could delegate oversight to institutions, evaluate the efficiency and appropriateness of their work, and remove them from their role if they were not up to the task, all without appeal, as such decisions were final²³.

However, it was possible to file an appeal through official channels with the Ministry of the Interior against measures taken by the Provincial Committee if such measures fell within the powers delineated in article 13 of the decree of 27 August. These were the same powers that had been established to protect against child abandonment in the 1904 law, passed under Giolitti, whereby the Provincial Commissions for Public Welfare and Charity had been created²⁴.

Lastly, the Provincial Committee's authority also extended to financial matters: namely, it was responsible for managing and allocating funds made available to the various institutions for all orphans (not just war orphans)²⁵; when the aforementioned institutions requested temporary government subsidies to assist war orphans, the Provincial Committee was required to provide a legal opinion justifying such a request²⁶; and the Provincial Committee had to receive monthly updates from the competent office in the Italian Court of Auditors (*Corte dei conti*) on war pensions paid out to orphans or widows with children²⁷.

Thus, the Provincial Committee was the central body around which the entire system revolved. It was chaired by the prefect and under the authority of the Ministry of the Interior, from which it received its instructions. Furthermore, it had to submit a quarterly report to the same Ministry in which it summarized its work as well as the

¹⁵ D.L. 27 August 1916, n. 1251, art. 6.

¹⁶ D.L. 27 August 1916, n. 1251, art. 1.

¹⁷ D.L. 27 August 1916, n. 1251, art. 11, where the inspectors' main tasks are neatly summed up in the second paragraph. Among other things, they were responsible for ensuring compliance with the social legislation that Italy – albeit later and less comprehensively than other countries – had enacted towards the end of the previous century: «While avoiding any inappropriate interference with the free exercise of parental authority or the functions of guardians, the primary aim of inspectors' investigations shall be to ascertain whether it is necessary to come to families' aid in order to support orphans, and whether there is compliance with the laws in force regarding compulsory education, female and child labor, the ban on beggary, the ban on employing children in wandering trades, and the like; whether it is necessary to put orphan girls in an institution of some sort». See also the circular issued on 9 October 1916 by the Ministry of the Interior, Direzione generale dell'amministrazione civile, Divisione III, in «Bollettino ufficiale del Ministero di Grazia e Giustizia e dei Culti», XXXVII, 1916, p. 887.

¹⁸ D.L. 6 August 1916, n. 968, art. 6: these commissions were to be chaired by the pretore or justice of the peace and made up of the president of the Congregation of Charity, the local health official, an elementary school teacher, and the parish priest or other priest, or a minister of another faith if the orphans were not Catholic.

¹⁹ D.L. 6 August 1916, n. 968, art. 6.

²⁰ D.L. 27 August 1916, n. 1251, art. 10 and art. 262 of the Italian Civil Code.

²¹ For more on Vittorio Emanuele Orlando, start with the two encyclopedia entries edited by Giulio Cianferotti: the one in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. LXXIX, Roma 2013, pp. 547-556, and the one in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani* (XII-XX seco-

lo) edited by I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletto, vol. II, Bologna 2013, pp. 1465-1469.

²² Circular issued on 9 October 1916, [nt. 17], p.887. However, the Oversight Committee responsible for the orphans of the earthquake in Calabria and Sicily – chaired by MP Chimirri – had already experimented with forms of joint guardianship to replace a guardian or family council, and had had success doing so (Tambaro, Gli orfani, [nt. 3], pp. 91-92).

²³ D.L. 27 August 1916, n. 1251, art. 8 last paragraph and art. 9.

²⁴ Article 13 of the decree of 27 August referred to article 5 letter (e), article 6 letters (f) and (g), and article 18 of law n. 390 of 18 July 1904. Specifically, this regarded the following cases: decisions on appeals against the granting of regular welfare payments and payments of any type made by public charities which violated laws, regulations or statutes; situations in which the judicial authorities were informed of facts that might imply the loss of parental authority, guardianship or the role of guardian; reports of agreements that might infringe the law on child labor, or infringe other regulations meant to safeguard children; measures taken in order to close private charities.

²⁵ D.L. 27 August 1916, n. 1251, art. 14.

²⁶ D.L. 27 August 1916, n. 1251, art. 15: as specified by Vittorio Emanuele Orlando, a legal opinion was required in order to provide the Ministry with information that could help it fairly allocate funds to the provinces (Circular issued by the Ministry of the Interior on 9 October 1916 [nt. 17], p. 887).

²⁷ D.L. 27 August 1916, n. 1251, art. 3.

work of the institutions in charge of overseeing orphan care²⁸.

Given that urgent measures were needed, the government did not present radical changes to the Italian Civil Code's regulation of guardianship, despite the fact that it had long been the subject of criticism and calls for reform²⁹. Nonetheless, there were two changes worthy of note, as recognized by the Minister of Justice Ettore Sacchi in a circular distributed to the presidents and chief prosecutors of the Courts of Appeal. Of these two, one was really nothing more than the reinstatement of a provision that had previously been introduced in response to the earthquakes that struck Calabria/Sicily and Marsica³⁰: namely, the restriction of the family council or guardianship council to only two members, and the admission of women in such councils even if they did not have their husband's authorization³¹.

Therefore, the only true change was the institution of the giudice delle tutele, or guardianship judge. This role drew inspiration from Germanic models and showed just how important a role the judiciary played in such a complex and delicate issue. Indeed, from the very beginning of the aforementioned circular, Minister Sacchi placed particular emphasis on «the new, extremely delicate functions [given] to magistrates»; furthermore, in their respective roles, he regarded guardianship judges and pretori as guarantors of a function that was now both administrative and above all social in nature, and no longer simply a part of voluntary jurisdiction. As such, these judges had to take on a burden and a moral responsibility that went beyond their natural competence, and they were obligated to fulfill a «patriotic duty in the name of

solidarity with the children of those who had shed blood for the national cause»³².

The pretori already had certain jurisdiction over orphans in accordance with the Italian Civil Code³³, which included above all the authority to summon and preside over the family council³⁴. Now they would also preside over the Oversight Commissions in small municipalities³⁵, and they would be in charge of duly checking civil registration records, meaning that they would have to periodically verify that all information related to orphans had been properly registered and/or updated, and report any omissions³⁶. A report was to be prepared every four months, which was to contain the results of these checks³⁷.

The guardianship judge was to oversee the work of the pretori, and in general ensure compliance with all provisions of the Italian Civil Code and lieutenant's decrees relating to guardianship. He was to be appointed on a yearly basis by the president of the local court³⁸, who in turn was to be periodically informed of the guardianship judge's progress³⁹. The court devolved authority to the judge to approve resolutions passed by the family council in order to authorize acts of extraordinary administration regarding the estates of war orphans⁴⁰, as well as authority over any challenges to the family council's resolutions⁴¹.

This judge's most delicate task, however, was to rule on the inclusion of unacknowledged or unacknowledgeable natural children among war orphans, which he could do upon verifying that certain conditions were met (the verification process was strictly confidential and could not have further legal consequences)⁴². Such a task was defined as «almost administrative» in nature by Riccardo Luzzato, while others considered it as a Police in the broad sense of the term⁴³ – either way, it was a task that spoke to feelings of pity and human solidarity. While it was true that it did not legally establish a relationship of natural filiation, there were nonetheless some jurists who were alarmed by these regulations, for they saw a dangerous vulnus to the protection of the legitimate family as foreseen by the Italian Civil Code⁴⁴.

²⁸ D.L. 27 August 1916, n. 1251, art. 16.

²⁹ In particular, the shortcomings and flaws of the system outlined in the Italian Civil Code had been the subject of much debate during the Fifth National Legal Congress in Palermo in 1903. Indeed, on that occasion it was acknowledged that reforms were needed, and a lawyer by the name of Piccolo had proposed guidelines which were approved, but given the complexity of the issue and time constraints, the discussion was postponed to a future congress (V Congresso Nazionale giuridico forense – Atti, Palermo 1904, vol. I, Adunanza del 25 aprile 1903, Discussion on the topic Delle riforme da adottarsi allo istituto della tutela, pp. 73-80).

³⁰ R.D. 21 March 1909, n. 162, art. 2. Regarding this provision, Vittorio Polacco disapproved of giving women the opportunity to become guardians – in other words, to exercise a munus publicum with respect to people outside of the immediate family – without their spouse's consent; on the other hand, he believed that it was anachronistic to require a husband's authorization for what concerned the financial interests of married women (V. Polacco, *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo*, Padova 1909, pp. 11-12). On Vittorio Polacco, see the masterful work of Paolo Grossi in various studies, and in particular his long essay entitled 'Il coraggio della moderazione' (specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco), in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 18 (1989), pp. 197-251, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1991, and in *Id.*, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 69-126; see also G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino 2012, passim and especially pp. 66-67, as well as M. Sabbioneti, 'Polacco, Moisè Raffael Vittorio', in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)* edited by I. Bircocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletto, vol. II, Bologna 2013, pp. 1609-1611.

³¹ D.L. 6 August 1916, n. 968, art. 9.

³² Circular n. 1936 issued on 14 November 1916, in «Bollettino ufficiale del Ministero di Grazia e Giustizia e dei Culti», XXXVII, 1916, p. 886.

³³ See title IX, chapter II, Della tutela, articles 241 et seq., passim.

³⁴ Article 251 of the Italian Civil Code.

³⁵ D.L. 6 August 1916, n. 968, art. 6.

³⁶ D.L. 27 August 1916, n. 1251, art. 2.

³⁷ Circular n. 1936 issued on 14 November 1916 [nt. 32], p. 886.

³⁸ D.L. 6 August 1916, n. 968, art. 7.

³⁹ Circular n. 1936 issued on 14 November 1916 [nt. 32], p. 886.

⁴⁰ Article 301 of the Italian Civil Code.

⁴¹ This regarded both resolutions that were not subject to judicial approval (article 815 of the Italian Code of Civil Procedure) as well as those that were not unanimously adopted (article 260 of the Italian Civil Code).

⁴² *Supra*, nt. 7.

⁴³ Tambaro, *Gli orfani di guerra* [nt. 3], pp. 75-76, wherein the opinions of Orlando, Mancini and Pisanelli are cited in the comments on the Italian Code of Civil Procedure.

⁴⁴ In Senate debates, Lodovico Mortara pointed out that providing assistance to children of incestuous or adulterous relationships, or

As part of the judicial system, the guardianship judge was subject to the hierarchical authority of the president of the court of first instance, as well as that of the presidents of the Courts of Appeal in the case of appeals; in turn, the presidents had to submit annual reports to the Ministry of Justice on the progress of war orphan assistance. On the other hand, the guardianship judge was also a member of the Provincial Committee, and as such he had to perform administrative duties; from this perspective, he was necessarily subject to administrative authority, namely that of the prefect, as well as that of the Minister of the Interior (above the prefect).

This dual position was not viewed negatively by the Minister of Justice, as he did not find any violation of the principle of the separation of powers in such an arrangement. On the contrary, he highlighted how this was a real opportunity to have a figure who could coordinate «the actions of the judicial authorities with those of the administrative bodies responsible for public welfare and charity»⁴⁵. Generally speaking, he believed that the main virtue of these government regulations was this very aspect, namely that they had better reorganized how all involved parties worked together. This meant better co-operation between the judicial authorities and the surviving parent, or if there was no surviving parent, the family council, and then better coordination of the result of this joint effort with administrative proceedings. Lastly, it also meant that the various functions of the State could better collaborate with charitable institutions.

The guardianship judge was the central figure in the interaction of these forces – as such, he had to be reliable. It was no coincidence, then, that the minister placed particular emphasis on the ideal qualities that such a judge was to possess. He recommended that the presidents of the courts appoint qualified senior magistrates (and not simple pretori), and that if necessary, they were to be relieved of other duties⁴⁶.

III. A legislative framework

The law passed by Parliament on 18 July 1917 and the implementation of its statutes on 30 June 1918 helped to complete what the government had started in 1916.

First of all, it definitively resolved what had been a hotly

contested issue in parliament⁴⁷, namely whether assistance to war orphans was to be provided directly by the State or by an independent national institution created specifically for that purpose. The former solution prevailed, which was in line with the government's previous choice: the entire system dedicated to this noble cause would remain under the authority of the Ministry of the Interior⁴⁸.

Nonetheless, because the Ministry was already overloaded with tasks as it was, the government decided to create a National Committee that could work alongside it in order to lighten its load somewhat, and to help it carry out this complex function more satisfactorily. This Committee would function as a deliberative body for what concerned the administration of the orphan fund (though all decisions were still subject to Ministry approval)⁴⁹, as well as an advisory body to support the Ministry in its coordination and steering of the Provincial Committees⁵⁰. The 16 members of the National Committee came from a variety of different backgrounds: from politics, the judiciary and public administration, to the high ranks of the military and national institutions for the protection of orphans⁵¹. Within the National Committee there was an Executive Committee made up of seven members, which examined all the issues to be submitted to the National Committee for discussion and subsequently drew up resolution proposals⁵².

Just as the National Committee featured a wide variety of members from different walks of life, so too did the Provincial Committees enrich themselves with new members from diverse backgrounds. In order to strengthen the role of the judiciary, the guardianship judge would now be flanked by the kingdom's public prosecutor (procuratore del re) from the same court; additionally, the head of the provincial education authority (provveditore agli studi) would become a member, as well as two representatives from the Provincial Council, two high-ranking officers, and a delegate from the province's public institutions in charge of protecting and assisting abandoned children⁵³. The prefect would continue to chair the Committee as the *longa manus* of the government, even

to children born into cohabitation more uxorio, could lead to «extremely harmful consequences from a moral and social point of view, while encouraging concubinage and favoring the formation of illegitimate families» (A. Groppali, *Gli orfani di guerra*, Milano 1917, p. 13). See also the observations of G.P. Chironi, *Sul disegno di legge sugli orfani di guerra*, in «Rivista di diritto pubblico», 1917, pt. I, pp. 312-313. For a contrasting opinion, see R. Luzzatto, *Diritto familiare di guerra*, in «Nuova antologia di lettere, scienze ed arti», s. 6, 188 (1917), p. 84, nt. 1, and G. Faggella, *La legislazione bellica in relazione al diritto pubblico preesistente ed alle riforme future*, in «Rivista di diritto pubblico», 1918, pt. 1, pp. 368-369. On the crisis that afflicted civil law and its sources – which had already begun to simmer in the late 1800s, but which emerged in overwhelming fashion with the flood of urgent measures enacted in order to cope with wartime needs – see P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano 2000, p. 130 ss.; Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari 2012, passim; G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica*, [nt. 31], p. 156 et seq.

⁴⁵ Circular n. 1936 issued on 14 November 1916 [nt. 32], p. 886.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ A summary of the arguments presented in the Chamber of Deputies, the Senate and their respective legislative committees can be found in Tambaro, *Gli orfani di guerra* [nt. 3], passim.

⁴⁸ L. 18 July 1917, n. 1143, art. 1: «The State is responsible for providing protection and assistance to the orphans of the current war».

⁴⁹ L. 18 July 1917, n. 1143, art. 8.

⁵⁰ L. 18 July 1917, n. 1143, art. 6.

⁵¹ In addition to two senators and two deputies, there was a judge from the Supreme Court of Cassation in Rome, an assistant public prosecutor from the aforementioned court and a member of the Council of State; the chairman of the High Council on Welfare and Charity; the general director of civil administration in the Ministry of the Interior; two general officers, one from the army and the other from the navy; one accountant from the Treasury; and one delegate from each of the national institutions for the protection of orphans (article 7 of law n. 1143, 18 July 1917). Specifically, the latter institutions were the following: the National Institution for orphans of farmers who died at war; National Institute for Seafarers; the National Institute for the civil and religious assistance of war orphans; and the General Union of Italian Teachers (article 13 of law n. 1143, 18 July 1917).

⁵² D.L. 30 June 1918, n. 1044, articles 19-22.

⁵³ L. 18 July 1917, n. 1143, art. 9.

though some voiced concerns that the Committee's work could potentially be influenced by political changes and electoral campaigns⁵⁴.

The government was faced with a truly dramatic situation after four years of hard combat and tragic losses, which led it to expand the category of war orphans even further. Thus, the statutes now explicitly provided for anyone who lost the person who was fully or largely responsible for supporting them⁵⁵; such orphans would also include «the children of those who have become unfit to work due to an injury or illness suffered during wartime military service or ascribable to war-related events, provided that such children had been conceived before the event leading to the disability of the parent, and that they have been acknowledged by said parent»⁵⁶.

Evidently the creation of the guardianship judge had achieved good results, because the position was given even further prestige: it would no longer be appointed by the president of the court, but rather by the more powerful president of the Court of Appeal. Furthermore, the choice was to be made «preferably from among higher ranking judges who have proven their skill and aptitude for the functions assigned to them»⁵⁷. The judge's power were broadened to include both, those of the president of the court and those that fell under the court's authority in accordance with Title VIII (on parental authority) and Title IX (on the age of minority, guardianship and emancipation) in the first book of the Italian Civil Code. In addition, his power now included those that fell under articles 113-116 of law n. 6144 on public security (30 June 1889), namely as regarded the measures to be taken to address minors under the age of eighteen who were indolent, vagrant, «disreputable», or reduced to beggary or prostitution⁵⁸.

Though the holder of these power may have changed, the codification thereof was not touched – this despite the fact that, as previously mentioned, calls for reform had long been launched. Specifically, there were calls to limit or abolish the family council, as it left much to be desired in terms of how it functioned, and it tended to hinder procedures. However, this institution was preserved under the same conditions set forth in the 1916 decrees, and it was still the guardianship judge's responsibility to convene the family council and oversee its formation and operation⁵⁹.

The judge maintained full discretionary power to establish natural paternity or maternity, and in doing so he continued to operate «without formalities», meaning wi-

thout due process⁶⁰. He ordered an inquiry as he saw fit⁶¹, but contrary to the past, his decisions could now be appealed in the Court of Appeal⁶².

The magistrate was also tasked with an equally delicate function, namely that of overseeing the «moral or material interests» of orphans. If there was any case in which parental authority or the role of guardian had been abused, the Provincial Committee, public prosecutor or orphan's next of kin could petition the guardianship judge, who would have to take measures to appoint a new guardian; in less serious cases of mistakes or negligence, the judge could place the orphan under the guardianship of the Provincial Committee, or under that of national institutions, or under that of any organizations administered by national institutions⁶³. In more urgent cases, the judge himself could take on the role of guardian, in order to then transfer guardianship to the Provincial Committee or to another institutional body⁶⁴.

As a general rule he had to personally see to all acts and measures falling under his authority, although he could also collaborate with other judicial authorities, such as the public prosecutor and pretori, as well as administrative authorities and the police for what concerned inquiries, inspections, information, proposals and opinions⁶⁵.

Furthermore, the guardianship judge was responsible for taking disciplinary measures or temporarily sending orphans to a reformatory or other institutions in the event that an orphan demonstrated reprehensible conduct. Before taking such measures, the magistrate was required to carefully evaluate the physical and mental state of the minor, as well the family circumstances and living conditions⁶⁶.

The extent of the guardianship judge's power was explicitly stated in article 70 of the statute: «The guardianship judge's orders have executive force over any authority, institution or private organization. The judge himself shall see to their implementation, and a copy or certificate of his orders shall be sent to the offices responsible for their execution». This was a considerable amount of authority, which could have conflicted with the equally considerable power of the prefect or the Provincial Committee. If such a conflict came to pass and could not be resolved «through voluntary relinquishment», then any of the concerned parties could take the issue to the Court of Appeal⁶⁷.

The importance of the role played by the guardianship

⁵⁴ Tambaro, *Gli orfani di guerra* [nt. 3], p. 203 and 207, wherein particular reference is made to Don Sturzo's concerns.

⁵⁵ D.L. 30 June 1918, n. 1044, articles 2-3; article 1 also specified that anyone who perished up to a year after the armistice due to an illness contracted or made worse during military service (no matter where they served), or even during civil service that was somehow connected to the war, would be presumed to have died due to the state of war.

⁵⁶ L. 18 July 1917, n. 1143, art. 42.

⁵⁷ D.L. 30 June 1918, n. 1044, art. 52.

⁵⁸ L. 18 July 1917, n. 1143, art. 17.

⁵⁹ D.L. 30 June 1918, n. 1044, articles 68-69.

⁶⁰ Ivi, art. 54.

⁶¹ In addition to the inquiries conducted by the guardianship judge in order to ascertain natural paternity or maternity, the National Committee for war orphans was also now required to draw up a questionnaire for the judges to forward to municipal authorities and public security authorities, or to the Royal Carabinieri (D.L. 30 June 1918, n. 1044, art. 60).

⁶² L. 18 July 1917, n. 1143, art. 17.

⁶³ Ivi, articles 18-19.

⁶⁴ D.L. 30 June 1918, n. 1044, art. 64.

⁶⁵ Ivi, articles 56-58.

⁶⁶ Ivi, art. 61.

⁶⁷ D.L. 30 June 1918, n. 1044, art. 71: however, if a conflict arose between the prefect and the Provincial Committee, then the National Committee would be tasked with settling it.

judge was reaffirmed by the fact that, contrary to matters of voluntary jurisdiction⁶⁸, the public prosecutor was not normally required to intervene or make decisions when it came to war orphans. Even if the law specifically required the public prosecutor to intervene, the guardianship judge could bypass this requirement «if a delay might endanger» the orphan in any way, provided that he subsequently informs the public prosecutor of the action taken. The public prosecutor then had the power to review or appeal such action⁶⁹.

On the other hand, the kingdom's public prosecutors were required to intervene when people acting as guardians or holding parental authority were convicted of serious crimes. A copy of the sentence was to be sent to the Provincial Committee, so that it could take appropriate measures to safeguard the children or wards⁷⁰.

The pretori remained an important part of the system, and in addition to the duties that they had been assigned through the previous decrees, they could now also intervene on their own initiative; in the event that it was necessary to remove an orphan from his or her family's home, the pretore could take the appropriate measures, after which he was required to report to the guardianship judge⁷¹. Moreover, they were required to record any information on family councils or guardianship councils in a special register, and to then send a summary of these records to the guardianship judge. They were also required to send the guardianship judge an annual statistical report on the service they carried out in their jurisdiction⁷².

As can be observed, the 1917 law and its associated statutes reaffirmed and reinforced what the government had already recognized previously, namely that the judiciary was to have a fundamental role in managing a serious problem which had only increased in magnitude as the war unfolded, and which would have consequences for years to come.

The guardianship judge's role was given the utmost importance, as a considerable number of duties fell under his authority, including some very delicate tasks. Indeed, he acted as a link between the different parties that had to work together.

The idea of entrusting a single magistrate with the duties and powers of the public authorities in issues pertaining to minors had already been proposed by a Royal Commission established on 7 November 1909, the objective of which was to study measures to combat juvenile delinquency. The Commission had been appointed by Minister Orlando, and one of its tasks was to collect all laws and regulations regarding minors (in both the civil and criminal spheres) and unify them into one text.

In 1912, the Commission presented the *Progetto del codice dei minorenni* (Project for a juvenile code) together

with a report authored by the chairman of the Commission, Senator Oronzo Quarta. It was proposed that each court of first instance institute a *magistrato distrettuale*, or district magistrate, who «in the broadest and fullest sense» would be entrusted with «the oversight, guardianship and social protection of minors», in addition to special jurisdictional functions⁷³. He was to be appointed by the King upon the suggestion of the minister of justice, and he was to be chosen from judges or assistant attorneys general who, «if possible», were to be learned «in biological, pedagogical and social sciences»⁷⁴; or from lawyers who had practiced law for at least eight years; or from holders of a law degree «who, through teaching, publications, or positions held in societies or institutions providing assistance, charity or other such [aid]», were deemed fit to take on such a delicate role⁷⁵. The appointment was to last five years, the magistrate could be reappointed⁷⁶, and he would be relieved from any other duty while serving in this position⁷⁷.

The purpose of such a role was to unify the direction, co-ordination and prompt action of all activities related to the education and protection of minors on the one hand, and any disciplinary or punitive measures on the other. It was also hoped that in this way, any rivalries or conflicts (which unfortunately were quite common) between private and public institutions providing charity or assistance could be avoided⁷⁸.

These were largely the same reasons behind the creation of the guardianship judge, who the Minister of Justice Sacchi defined «practically the main organ of this new legislation»⁷⁹. As has been shown, he was the custodian of an extremely important range of functions, the most delicate of which concerned that of determining whether unacknowledged or unacknowledgeable minors could be included in the list of war orphans. Indeed, although these inquiries were confidential, they nonetheless contrasted with the basic principles of the Italian Civil Code regarding the protection of the legitimate family; furthermore, they ran the risk of indirectly leading to unpleasant moral and social consequences for the parties concerned. For this reason, the Minister of Justice himself strongly recommended that magistrates use their

⁷³ *Progetto del codice dei minorenni*, Roma, Stamperia Reale, 1912, articles 1 and 6.

⁷⁴ Ivi, art. 3, wherein the following was added in the second paragraph: «As the law on the judicial system provides for the training of auditors, the minister of justice shall take measures to ensure that those auditors who reveal themselves to be particularly studious in the above-mentioned sciences, be assigned to the most important offices under the district magistrates, where, should they demonstrate a special aptitude for the functions they have been assigned, they will be able to act as substitutes and collaborators, even after they have been promoted to the role of *giudici aggiunti*; they shall also be given preferential consideration when appointing district magistrates».

⁷⁵ Ivi, art. 5.

⁷⁶ Ivi, art. 4.

⁷⁷ Ivi, art. 8.

⁷⁸ Ivi, *Relazione introduttiva*, pp. 11-12.

⁷⁹ Circular n. 1968 of 1 September 1918, in «*Bollettino ufficiale del Ministero di Grazia e Giustizia e dei Culti*», XXXIX, 1918, p. 474.

⁶⁸ L. 28 November 1875, n. 2781, art. 2; art. 346, n. 5 of the Italian Code of Civil Procedure; l. 6 December 1865, n. 2626, art. 139.

⁶⁹ D.L. 30 June 1918, n. 1044, art. 53.

⁷⁰ L. 18 July 1917, n. 1143, art. 28.

⁷¹ D.L. 30 June 1918, n. 1044, art. 59.

⁷² D.L. 30 June 1918, n. 1044, articles 73-74.

discretionary power with extreme caution and prudence⁸⁰.

Even if the orphan was legitimately placed in a family context, the guardianship judge was still required to exercise an uncommon amount of restraint: indeed, just as in 1916, the new regulations did not intend to undermine the role of the surviving parent or guardian, and thus the judge had to carefully evaluate the extent to which the State became involved. Once again, the Minister of Justice felt it necessary to intervene, urging the magistrates to avoid conflict and to act in harmony with families⁸¹.

The guardianship judge would later be entrusted with another important task following decree n. 1357 of 31 July 1919, which responded to a wish expressed by the National Committee. In what would be an exception to the relevant regulation in the Italian Civil Code, this measure would extend the institution of adoption to include war orphans under the age of 18. The guardianship judge would be responsible for assessing whether the adoption was favorable to the orphan, and whether the adopter's main purpose was to benefit from the adoptee's pension or estate⁸². In that regard, Minister of the Interior Nitti observed that on the one hand, adoption «can be one of the most providential forms of assistance» as well as «that which best corresponds» with the principle at the foundation of the law of 18 July 1917, namely that family-provided assistance was preferable; on the other hand, however, adoption «could inflict great harm on an adopted orphan, if carried out with devious aims of exploitation»⁸³.

IV. Conclusion

Though this article may have only briefly touched upon the system put in place by the government and parliament, it nonetheless provides an idea of its massiveness and complexity. Indeed, those in power truly felt it was their duty to act in the name of national solidarity, yet there were a multitude of thorny issues to resolve before they could do so. The goal was to have the State controlling the entire system, but it was difficult for the State to satisfy all of the needs that emerged from a situation which continued to worsen in wartime, and which had consequences that would last for many years to come.

The war had taken a terrible toll on the Italian population, resulting in a void that had to be filled. Thus, it was important to nurture the growth, education and instruction of children and youth, who would soon become the backbone of society.

Magistrates were called to do their part alongside administrative bodies, public and private charities, and families: one can only wonder just how efficient such a complex and disparate group could have been. In any case, the present article has sought to focus on the judicial

aspects of the matter, which can be summed up in a brief yet significant observation made by minister Lodovico Mortara⁸⁴ in a circular issued on 25 January 1920.

In examining the reports that were sent to his ministry, the Minister of Justice saw that there were several shortcomings in the work of the pretori, who were probably overburdened with responsibilities and thus unable to adequately perform their tasks. He exhorted them to overcome their deficiencies in a timely fashion, above all for what concerned the census and registration of orphans, which still seemed incomplete. On the other hand, he expressed satisfaction with the work being done by the guardianship judges, who deserved special praise for having realized since the very beginning that «the correct functioning of these new institutions, created in the interest of war orphans, greatly depended upon their vigilant action»⁸⁵.

Mortara softened his rebuke of the pretori towards the end of the circular, where, in the form of an elegant *captatio benevolentiae*, he made a special appeal to the commitment of all magistrates. Specifically, he expressed his conviction that they «will be able to make themselves deserving of the Country's praise, and prove how, as public officials, the judiciary is second to none in helping pay tribute, with unconditional selflessness and in the name of gratitude and solidarity, to the children of those who gave their lives for this great country»⁸⁶.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

⁸² R.D. 31 July 1919, n. 1357, articles 2-3.

⁸³ Circular n. 26700-VII-C, issued by the Minister of the Interior on 30 August 1919, in «Bollettino ufficiale del Ministero di Grazia e Giustizia e dei Culti», XL, 1919, pp. 666-667.

⁸⁴ For more on Mortara, start with the two encyclopedia entries edited by Nicola Picardi: the one in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. LXXVII, Roma 2012, pp. 232-236, and the one in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., vol.II, pp. 1383-1386.

⁸⁵ Circular n. 2017 of 25 January 1920, in «Bollettino ufficiale del Ministero di Grazia e Giustizia e dei Culti», XLI, 1920, pp. 76-77.

⁸⁶ Circular n. 1968 [nt. 79] of 1 September 1918, p. 475; Sacchi, too, had declared in 1916 that he was sure that in carrying out these «new, very delicate functions», the judges would show themselves to be, «as always» and «without a doubt, worthy of the trust placed in them» (Circular n. 1936 [nt. 32] of 14 November 1916, pp. 885-886).

Vorschau

Rechtskultur steht Autoren aller einschlägigen Wissenschaftsdisziplinen ohne Ansehen des universitären Status offen. Kriterien sind allein Themenbezug und Qualität eines Aufsatzes.

Die nächsten Themenhefte der jährlich erscheinenden Zeitschrift werden folgende Themenfelder behandeln:

Insolvenz/Schulden/Kredit (2018)

Widerstand gegen Rechtsvereinheitlichung (2019)

Redaktionsschluss ist jeweils der 15. Oktober.

Rechtskultur est destinée aux auteurs de toutes les disciplines scientifiques pertinentes, sans considération de leur statut universitaire. Les seuls critères sont le lien avec le thème du cahier et la qualité de l'article

Les prochains cahiers thématiques de la revue annuelle traiteront des thèmes sui-vants :

Insolvabilité/Dette/Crédit (2018)

Contre Unification du droit (2019)

L date de clôture de rédaction est chaque fois le 15 octobre.

Rechtskultur is open to authors of all recognized areas of study irrespective of their university status. All that matters is that an article be of very high quality and in tune with the theme of the respective journal

Future topics of the annual journal will be:

Bankruptcy/Debts/Loan (2018)

Against Unification of law (2019)

The deadline for submissions is October 15th.

Impressum

Verlag: Edition Rechtskultur im Förderverein Europäische Rechtskultur e.V., Lehrstuhl Prof. Dr. Löhnig, Universitätsstraße 31, 93053 Regensburg

Herausgeber: Ignacio Czeguhn - Lukas Gschwend - Dirk Heirbaut - Martin Löhnig - Antonio Sánchez Aranda

Redaktion: Lehrstuhl Prof. Dr. Martin Löhnig, Universität Regensburg, rechtskultur@ur.de

Satz & Layout: Simon Naczinsky, Thomas Hornberger (Regensburg)

ISSN: 2568-4469

ISBN: 978-3-96374-033-6, Preis: 49,- Euro

Aboservice: rechtskultur@gmail.com; Förderverein Europäische Rechtskultur e.V., Lehrstuhl Prof. Dr. Löhnig, Universitätsstraße 31, 93053 Regensburg

Regensburg, Tel.: +49 941 943 2624, Fax: +49 941 943 2603

www.edition-rechtskultur.de

© Edition Rechtskultur 2018